Die Auflassungsvormerkung in der Zwangsversteigerung.

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg
vorgelegt von

Kurt Joeris
aus Dortmund-Hörde
Referendar am Landgericht zu Dortmund

Approbiert am 27. Februar 1933

1933

Gatzer & Hahn, Graphische Werkstätten, Schramberg (Württemberg)

Referent: Prof. Dr. Rudolf Schultz

Inhaltsangabe.

Seite

A. Einleitung.

§ 1. Die rechtliche Natur der Vormerkung im Allgemeinen und der Aufl.Vorm. im Besonderen 1

B. Hauptteil.

§ 2. Die Wirkungen der Aufl.Vorm. in der Zwangsversteigerung 5

1. nach der herrschenden Lehre

2. nach der hier vertretenen Theorie 6

a) Die Aufl.Vorm. hat die Natur eines Gegenrechts,

aa) denn sie ist nicht rangfähig 8

bb) sie hat dieselben Wirkungen wie der Eigentumswiderspruch 14

b) Die Feststellung des Ersatzwertes gem. § 37 ZVG. 17

§ 3. Die Herbeiführung der Aufhebung des Verfahrens,

a) durch die Zurücknahme des Versteigerungsantrages gem. § 29 ZVG. 23

b) durch die einstweilige Einstellung gem. § 769 ZPO. 23

§ 4. Die Klage des Auflassungsvormerkungsberechtigten auf Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsversteigerung (§ 771 ZPO.) 25

§ 5. Die Nichtanwendbarkeit des § 28 ZVG. und des § 772 ZPO. auf die Aufl.Vorm. 31

§ 6. Auflassungsvormerkung und Zwangsversteigerung in besonderen Fällen:

a) die Zwangsversteigerung auf Betreiben des Konkursverwalters 35

b) die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft:

aa) einer Bruchteilsgemeinschaft 36

bb) einer Gesamthandsgemeinschaft 37

Literatur-Verzeichnis.

Barth, R.: Die Rechtslage zwischen Auflassung und Eintragung. Diss. Heidelberg 1928.

Biermann, J.: Widerspruch und Vormerkung nach dtsch. Grundbuchrecht. Jena 1901.

Brand-Bauer: Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungssachen in der gerichtlichen Praxis, 1932.

Du Chesne: Berechtigtes und rechtliches Interesse, in Gruch. Beitr. Bd. 51/512.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 7. und 8. Aufl. 1922.

Dernburg: Das Sachenrecht des Reichs und Preußens, 1901.

Eccius: Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht, in Gruch. Beitr. Bd. 47/362.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8./9. Aufl. 1905.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Sachenrecht, 7./8. Aufl. 1922.

Fischer-Schäfer: Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reich und in Preußen, 2. Aufl. 1910.

Fuchs, Eugen: Materielles und formelles Grundbuchrecht. Berlin 1902/1905.
„ Probleme des Sachenrechts, in Gruch. Beitr. Bd. 46/562.

Gaupp-Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, 14. Aufl. 1928.

Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes.

Güthe-Triebel: Grundbuchordnung, 5. Aufl. 1929.

Jaeckel-Güthe: Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 6. Aufl. 1930.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung, 4. Aufl. 1930.

Kretzschmar: Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung- und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897, (1904).

„ Die Berücksichtigung eines im Grundbuch eingetragenen Widerspruchs und der Vormerkung im Zwangsversteigerungsverfahren. Abgedr. in Recht 1903 Seite 589.

„ Die Auflassungsvormerkung und der im Grundbuche eingetragene Widerspruch bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks, in JW. 1914 Seite 561.

Nußbaum, A.: Die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 1916.

Meiser, Otto: Die Vormerkung des Auflassungsanspruchs in der Zwangsversteigerung, in Gruch. Beitr. Bd. 57/586.

Othmer: Die rechtliche Wirkung der Vormerkung. Breslau, 1902.

Oberneck: H.: Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl.

Philipsen: Die Vormerkung nach B, G, B. Diss. Breslau 1902.

Pfordten, v. d.: Kommentar zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, München, 1905.

Planck: Kommentar zum BGB. 3. Bd. Sachenrecht 4. Aufl. 1926.

Predari, C.: Grundbuchordnung. 1905.

Raape: Das ges. Veräußerungsverbot des BGB. 1908.

Reichsgerichtsrätekommentar: 7. Aufl. 1929.

Reinhardt-Müller: Das Zwangsversteigerungsgesetz, 3./4. Aufl. 1929.
„ Die Auflassungsvormerkung in der Zwangsversteigerung in Gruch. Beitr. Bd. 62/319.

Soergel: Kommentar zum BGB. 3. Aufl. 1926.

v. Staudinger: Kommentar zum BGB. 3. Bd. Sachenrecht. 9. Aufl. 1926.

Steiner: Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 2. Aufl. 1909.

Steinhaus: Aufhebung einer Grundstücksgemeinschaft, in Gruch. Beitr. Bd. 63, S. 710.

Strecker: Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken. Berlin 1898.

Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung. 18. Aufl. 1925.

Schultz, Rudolf: Die Zulässigkeit der Widerspruchsklage des § 771 ZPO. bei einer Individualvollstreckung gem. § 883 ZPO. in JW. 1926/1035.

Warneyer, Otto: Konkursordnung. Berlin 1932.

Wolff: Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung nebst dem Einführungsgesetz und dem pr. Ausführungsgesetz, 3. Aufl. 1909.

Abkürzungen.

Aufl.V.	=	Auflassungsvormerkung.
Arch.B.R.	=	Archiv für bürgerliches Recht.
B.G.B.	=	Bürgerliches Gesetzbuch.
D.	=	Denkschrift.
G.B.O.	=	Grundbuchordnung v. 24. März 1897.
Gruch. Beitr.	=	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
Jh. Jahrb.	=	Iherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
J.W.	=	Juristische Wochenschrift.
K.G. Jahrb.	=	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
K.O.	=	Konkursordnung v. 10. 2. 1877, neue Fassung v. 20. 5. 1898.
Leipz. Z.	=	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
O.L.G.	=	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeben v. Muglau und Falkmann.
Prot.	=	Protokolle zum Entwurf des BGB.
Recht	=	Das Recht. Rundschau für den Juristenstand.
R.G.Z.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Sächs. Arch.	=	Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
Z. Bl. F. G.	=	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung.
Z.P.O.	=	Zivilprozeßordnung v. 30. 1. 1877, neue Fassung v. 13. 5. 1924.
Z.V.G.	=	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung v. 24. 3. 1897, neue Fassung v. 20. 5. 1898.

A. Einleitung.

§ 1.

Die rechtliche Natur der Vormerkung im allgemeinen und der Aufl. V im besonderen.

Das BGB. stellt für die rechtsgeschäftliche Uebereignung von Grundstücken im § 873 zwei Erfordernisse auf: die Einigung der Beteiligten über den Eintritt der dinglichen Rechtsänderung und deren Eintragung in das Grundbuch. Neben diesem allgemeinen Grundsatz treten im § 925 BGB. zwei Sondervorschriften: die Einigung des Veräußerers und Erwerbers über die dingliche Rechtsänderung muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden, und darf weder unter einer Bedingung noch einer Zeitbestimmung erfolgen. Diese Einigung der Parteien heißt Auflassung. Neben Auflassung und Eintragung tritt als drittes Erfordernis der obligatorische Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen. Dieser Vertrag muß zu seiner Gültigkeit der Formvorschrift des § 313 Z. I BGB. entsprechen. Das obligatorische Grundgeschäft verpflichtet den Veräußerer zur Uebertragung des Eigentums, hindert ihn aber nicht, bis zur Eintragung des Erwerbers über sein Grundstück anderweitig zu verfügen.

Um nun den obligatorischen Anspruch auf Eigentumsübertragung zu sichern, stehen dem Erwerber zwei Wege zur Verfügung: das im Wege einer einstweiligen Verfügung erwirkte relative Veräußerungsverbot, (§§ 935, 938 ZPO., §§ 135, 136 BGB.) und die Vormerkung gemäß § 883 BGB. auf Eigentumsverschaffung, kurz Aufl. V genannt [1]). Die Aufl. V setzt wie jede Vormerkung einen Anspruch voraus, der auch bedingt oder betagt sein kann (herrschende Meinung). Sie entsteht entweder durch eine sie anordnende einstweilige Verfügung mit nachfolgender Eintragung oder einer Bewilligung des Passivbeteiligten und Eintragung [2]).

Ueber die rechtliche Natur der Vormerkung herrscht lebhafter Streit, da das Gesetz nur ihre Wirkungen regelt, sich aber über ihr Wesen ausschweigt. Daß ihre Konstruktion erhebliche Schwierigkeiten macht, trat bereits bei der Beratung des Gesetzes zu Tage, wo verschiedene Meinungen vertreten wurden. Die eine Ansicht ging dahin,

---

1) Unter der zahlreichen Literatur über die Vormerkung s. insbes.: Biermann a.a.O., Reichel in Jh.Jahrb. 46/59, Fuchs in Gruch.Beitr. 46/562, Güthe in Gruch.Beitr. 57/1, Othmer a.a.O., Philipsen, die Vormerkung nach BGB.

2) Ueber die Frage, ob die Eintragung erforderlich ist, s. die ausführliche Darstellung in der Heidelb. Diss. „Die Rechtslage zwischen Auflassung und Eintragung" v. R. Barth.

daß durch die Eintragung einer Vormerkung ein neues selbständiges Recht geschaffen werde, welches der Arresthypothek ähnlich sei, auf der anderen Seite wurde ausgeführt, die Aufl. V schaffe zwar ein dingliches Verhältnis zum Grundstück, wie sich insbesondere im Konkurse zeige, es werde damit lediglich ein bestehender Anspruch verlautbart. Sie habe wesentlich einen negativen Charakter und stelle ein Veräußerungs- oder Belastungsverbot dar. (Prot. III, S. 740).

Aeltere Schriftsteller wie Gierke[1]), Dernburg[2]) und Oberneck[3]) sprechen bei der Vormerkung von einem „jus ad rem" oder von einer „obligatio in rem scripta".

Fuchs[4]) will in der Aufl. V ein bedingtes auf Eigentumsübertragung gerichtetes dingliches Recht sehen analog dem Vorkaufsrechte. Jaeger[5]) nimmt ein dingliches Sicherungsrecht an. Biermann[6]) führt aus: man werde sich mit der Definition begnügen müssen, daß die Vormerkung ein Grundbuchvermerk sei, der die Verwirklichung bestimmter Ansprüche in dinglicher Weise sichere.

Gegen diese verschiedenen Auffassungen spricht aber die Fassung des § 883 BGB. und deren Entstehungsgeschichte. Die II. Kommission hat sich einhellig dahin ausgesprochen, daß die Vormerkung weder ein selbständiges Recht noch ein Veräußerungsverbot darstelle, sondern nur eine Sicherung des persönlichen Anspruchs gebe. Gegen eine „obligatio in rem scripta" spricht wie Planck[7]) treffend ausführt, das Gesetz selbst, da das gesicherte Recht nur gegen den ursprünglich Verpflichteten geltend gemacht werden kann, der dritte Erwerber lediglich zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet ist (§ 888 BGB.)

Gegen die Annahme, die Vormerkung sei ein „jus ad rem", spricht ebenfalls die Entstehungsgeschichte des BGB. In den Beratungen wurde die Einführung eines „jus ad rem" einstimmig abgelehnt, und damit das dem pr. Landrecht bekannte Rechtsinstitut aus dem BGB. verbannt.

Ich möchte annehmen, daß die Aufl. V lediglich ein Buchvermerk ist, der dem Gläubiger seinen obligatorischen Eigentumsverschaffungsanspruch bestmöglich sichern soll und deshalb nach einzelnen Richtungen mit Wirkungen ausgestattet ist, die einem dinglichen Rechte ähn-

---

1) Gierke a.a.O. p. 24 Note 50.
2) Dernburg Bd. 3 p. 186.
3) Oberneck a.a.O. p. 450.
4) In Gruch.Beitr. Bd. 46/562, wo dieser mit Recht geweissagt hat: „Es ist zu befürchten, daß sich hier eine jener Kontroversen auftut, die nicht sterben kann."
5) A.a.O. § 24 Erl. III.
6) A.a.O. p. 184.
7) A.a.O. § 883 Erl. II.

lich sind[1]). Dagegen wirkt die Aufl. V nicht wie eine Belastung des Grundstücks, da das Eigentum am Grundstück keine Belastung desselben darstellen kann, und die Aufl. V als sicherndes Bindeglied zwischen Anspruch und Eigentumsübergang die rechtliche Natur des Eigentums in gewissen Richtungen teilt. Diese, dem dinglichen Rechte ähnliche Rechtsposition zeigt sich insbesondere in den §§ 884, 1098, Z. II, 1971, 1974, Z. III, BGB., §§ 24, 47; 193; Konk.O. und § 37; Z. V. ZVG. Eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Belastung §§ 879, 881, 882 BGB. wie Planck[2]) sie fordert, ist deshalb nicht angängig.

Der Streit um die verschiedenen Theorien ist m. E. solange bedeutungslos, wie der Eigentümer die Möglichkeit hat, über seinen Grund und Boden frei zu verfügen, d. h. solange, bis durch einen staatlichen Hoheitsakt im Wege der Beschlagnahme der Verstrickungszustand herbeigeführt wird. Veräußert der Eigentümer im Wege rechtsgeschäftlicher Uebertragung das Grundstück, so hat der aus der Aufl. V Berechtigte kraft positiver Vorschrift in § 888 Z. I, BGB. das Recht, den Eigentumsübergang an den Dritten zu vernichten und seine eigene Eintragung herbeizuführen. Dem Dritterwerber steht in diesem Falle die peremptorische Einrede des § 886 BGB. zu, mit der er, falls der durch die Aufl. V geschützte Anspruch nicht einwandfrei ist, das Begehren des scheinbar Berechtigten vereiteln kann. Die Bestimmungen des BGB. lassen nach keiner Seite eine Frage offen, sondern regeln abschließend die Rechtsposition des aus der Vormerkung Berechtigten.

Der freien Veräußerung steht die zwangsweise Veräußerung gegenüber. Hier wird ohne das Zutun, ja gegen den Willen des Eigentümers, auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung an einen Dritten übereignet. Die rechtliche Grundlage für dieses Uebereignungsverfahren gibt das ZVG. v. 24. 3. 1897. Dieses Gesetz war schon in der ZPO. im § 869 vorgesehen und muß deshalb als Teil der ZPO. angesehen werden. Auch die Motive 72 zum ZVG. sehen dasselbe als einen Teil der ZPO. an, wenn sie ausführen: „das Gesetz ist also zu lesen, als ständen seine Vorschriften in dem VIII. Buch der ZPO.“ Ueber das Verhältnis dieses Gesetzes zum BGB. und zum ZPO. führt die Denkschrift[3]) aus: „In der Tat hängt die Zwangsvollstreckung nicht bloß in ihren Voraussetzungen sondern auch in ihren Wirkungen so eng mit den sachlichen Vorschriften des Liegenschaftsrechtes zu-

[1]) Ebenso R.G.K.Komm., IX. Auflage, § 883 Erl. 8 und die dort zitierten Entscheidungen, weiter Reinhardt in Gruch.Beitr. 62/323 und Biermann a.a.O. p. 184.

[2]) A.a.O. § 883 Erl. II.

[3]) Denkschrift zum II. Entwurf in der Einleitung, p. 34 ff.

sammen, daß sie füglich als Teil des letzteren betrachtet werden können. Dies gilt namentlich für die Zwangsversteigerung, deren Zweck regelmäßig nur durch Vernichtung bestehender und durch Begründung neuer Rechte an dem Grundstück sich erreichen läßt".

Daraus ergibt sich, daß bei Auslegung des ZVG. die sachenrechtlichen Bestimmungen des BGB. und die Vorschriften des ZPO. heranzuziehen sind.

Hauptteil.

§ 2.

Die Wirkungen der Auflassungsvormerkung in der Zwangsversteigerung.

Ueber die Wirkungen der Aufl.Vorm. in der Zwangsversteigerung herrscht Streit. Je nachdem die oben genannten Schriftsteller die rechtliche Natur der Vormerkung auffassen, geraten sie bei dieser Frage untereinander in Widerspruch.

Die herrschende Meinung [1]) und die überwiegende Rechtssprechung unterstellt die Aufl.Vorm. wie jede andere Vormerkung dem § 48 ZVG. Danach sind Rechte, die durch eine Vermerkung gesichert sind wie eingetragene Rechte zu berücksichtigen.

Die Aufl.Vorm. wird danach wie ein eingetragenes Recht behandelt, in das geringste Gebot aufgenommen und in der Rangstelle des § 10 Ziff. 4 ZVG. berücksichtigt. Durch den Zuschlag bleibt sie gemäß § 52 ZVG. bestehen, und der Auflassungsvormerkungsberechtigte kann sein Recht auch nach dem Zuschlage gegen den Ersteher geltend machen, falls die Aufl.Vorm. der Vorrang vor diesem hat.

Die herrschende Lehre nimmt weiter an, daß der Berechtigte gegen den Dritteigentümer vorgehen und von diesem die Zustimmung zu seiner Eintragung gem. § 888 BGB. verlangen kann. In diesem Falle sei der Ersteher nicht berechtigt, Ersatz für die Aufwendungen im Zwangsversteigerungsverfahren zu verlangen [2]). Denn da die im geringsten Gebote berücksichtigte Aufl.Vorm. bestehen bleibe, könne sie auch in dem Augenblick, in dem die beeinträchtigende Zuschlagsverfügung wirksam werde (§ 90 ZVG.) die in § 883 Ziff. II BGB. umschriebene Wirkungskraft zur Geltung bringen [3]).

---

[1]) Jaeckel-Güthe, Komm. z. ZVG. § 48; Brandt-Baur, a.a.O.; Fischer, a.a.O. § 48 Anm. 4; Planck, a.a.O. § 883, Erl. 3 d; Staudinger, a.a.O. § 883, Erl. V 4a; Reichel, in Jh.Jahrb. 46 123; Meiser, in Gruch.Beitr. 87 803; Lindemann, in Recht 1906, S. 739; Grützmann, im Sächs.Arch. 98 213; Predari, a.a.O. S. 205; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 447; Reichsgerichtsentscheidung in Z. Bd. 7/177; 15 269; 27/238; weiter in Z.Bl.F.G. Bd. 4 258; und neuerdings wieder Warneyer Rechtsprechung 1928 272; und Sächs.Thür.-Arch. 1928/367; R.G. 125/251.

[2]) Siehe auch Dernburg, a.a.O. Bd. 3 § 51; Planck, Bd. 3 § 883, Erl. 3d; Meiser a.a.O. S. 611; Brandt-Baur, a.a.O. S. 117; Oberneck, 1 S. 447; Fischer-Schäfer, Kom. z. ZVG. § 10 Bem. z. Nr. 4; § 37/38, Nr. V 5.

[3]) Auf die hier von Lippmann (a.a.O., p. 142) vertretene Ansicht, die Verfügung im Wege der Zwangsversteigerung sei gar keine rechtsgeschäftliche Verfügung, sei hier nur verwiesen. Die herrsch. Meinung, der sich Verf. anschließt, steht auf dem entgegengesetzten Standpunkt.

Gehe die Aufl.V. dem betreibenden Gläubiger im Range nach, oder werde sie sonst aus irgend einem Grunde nicht mit in das geringste Gebot aufgenommen, so erlösche sie mit dem Zuschlage. (§ 90, ZVG.). Sie verwandle sich aber dann in einen Anspruch auf Wertersatz gem. § 92 ZVG.[1]), wobei mit ihrem Range gegen den Versteigerungserlös der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des durch sie gesicherten Kaufpreises liquidiert werden könne. (Brand-Baur, a.a.O., p. 283).

Zusammengefaßt ergibt sich also für die Behandlung der Aufl.V. in der Zwangsversteigerung folgendes:

1. sie wird dem § 48 ZVG. unterstellt und wie ein eingetragenes Recht berücksichtigt.
2. Die Aufl.V. wird, da sie rangfähig ist, in das geringste Gebot aufgenommen,
3. erlischt sie nicht mit dem Zuschlag gem. § 52 ZVG., so kann der Berechtigte — falls die Aufl.V. dem betreibenden Gläubiger vorgeht — die Herausgabe des Grundstücks verlangen,
4. geht sie dagegen mit dem Zuschlag unter (§ 91 ZVG.), so tritt an ihre Stelle der Anspruch auf Wertersatz (§ 92 ZVG.), wobei der Ersteher außer dem Bargebot auch den Betrag des im geringsten Gebote berücksichtigten Kapitals der wegfallenden Aufl.V. zu zahlen, falls der vorgemerkte Anspruch nicht zur Entstehung gelangt. (§§ 50 ff. ZVG.).

Gegen diese Auffassung sind verschiedene Stimmen laut geworden[2]), so hat insbesondere Reinhardt in seinem gleichnamigen Aufsatze in Gruch. Beitr. Bd. 62/319 ff. zu beweisen versucht, daß die Aufl.V. nicht dem § 48 ZVG. zu unterstellen ist, sondern ein Gegenrecht gem. § 37 Z. V ZVG. darstelle.

Seine Ausführungen haben m. E. überzeugend dargetan, daß sich die herrschende Meinung nicht mehr aufrechterhalten läßt, da die von ihr vertretene Theorie rechtlich und wirtschaftlich zu Folgen führt, die der Gesetzgeber nicht gewollt hat.

§ 2_2.

Die herrschende Lehre unterstellt die Aufl.V. dem § 48 Zwangsversteigerungsgesetz, wo das Wort „Vormerkung" gebraucht wird, wohl-

[1]) So Leipz. Z. 1929/1086 und die oben Zitierten; weiter O.L.G. Königsberg in Seuff.Arch. Bd. 62/125.

[2]) So Strecker, a.a.O., p. 117; Endemann, II § 65 Anm. 55c; Othmer, a.a.O., p. 208; Kretzschmar in J.W. 1914/561 und Recht 1903/589; neuerdings auch Stillschweig in J.W. 1929/1950 und Leo in J.W. 1929/3280.

gemerkt Vormerkung nicht Auflassungsvormerkung [1]). Sie lehrt weiter, die Aufl.V. sei dem § 10 Z. IV Z.V.G. zu unterstellen, der von Rechten an dem Grundstück spricht, und kommt dadurch zwangsläufig auf § 11 ZVG., welcher das maßgebende Rangverhältnis innerhalb dieser Rechte regelt. Damit stellt sie für die Aufl.V. nach zweifacher Richtung fest:

1. die Vormerkung ist ein Recht an einem Grundstücke, das eine echte dingliche Belastung desselben darstellt, und
2. innerhalb der anderen Belastungen rangfähig ist.

Dem ist folgendes entgegenzuhalten! Wie schon eingangs ausgeführt, hat es die II. Kommission ausdrücklich abgelehnt, der Vormerkung die Rechtsnatur einer selbständigen dinglichen Belastung zu geben. Wie Meiser richtig ausführt, ist die unmittelbare Sachherrschaft dem dinglichen Rechte wesentlich. Die Vormerkung ist aber ein Rechtsverhältnis, durch die keine unmittelbare Beziehnug des Berechtigten zur Sache geregelt wird, sondern nur ein persönlicher Anspruch mit besonderen Schutzwirkungen gegen Dritte ausgestattet wird. Die Vormerkung ist also keine dingliche Belastung des Grundstückes. (s. auch Urteil v. 6. 2. 1911 in Bay. Z. f. Rpfl. Bd. 11/184). Sie dient nur zum Schutze eines obligatorischen Anspruchs auf Beschaffung oder Beseitigung eines Rechts an einem Grundstücke oder an einem das Grundstück belastenden Rechte. „Sedes materiae" ist der § 892 BGB., wo die Worte „Rechte an einem Grundstück" gebraucht werden. Bestimmend für ein solches Recht an einem Grundstück ist nach herrschender Meinung der Erwerbsakt, der sich nach den Regeln des § 873 BGB. vollziehen muß [2]).

Unter diese Vorschrift fällt die Vormerkung aber nicht. Die Rechte am Grundstück sind durch den Gesetzgeber im III. Teil des 4./8. Abschnitts des BGB. abschließend geregelt, so daß eine Ausdehnung auf Rechte, die unter den II. Abschnitt des III. Buches fallen — wie Widersprüche und Vormerkungen — und auf obligatorische Rechte unzulässig ist. Von dem Prinzip, daß die Eintragung eines obligatorischen Anspruchs unstatthaft ist, hat der Gesetzgeber zwei Ausnahmen gemacht: schuldrechtliche Ansprüche in Bezug auf ein Grundstücksrecht sind gem. §§ 883, 899 BGB. eintragungsfähig, ohne daß ihnen damit der Charakter eines Rechts am Grundstück verliehen worden ist.

Damit verbietet sich aber die Anwendbarkeit des § 10 Z. IV ZVG. von selbst, der unter Rechten an einem Grundstück nur begrenzte dingliche, dieses belastende Rechte verstanden wissen will, Dafür spricht

[1]) Reinhardt, a.a.O., p. 390 bemerkt ganz treffend, daß zur Zeit der Aufstellung des ersten Entwurfes der Rechtsbehelf der Vormerkung im heutigen Sinne noch unbekannt war.

[2]) S. Planck, a.a.O. III § 892 Erl. II, 1 und die dort Zitierten; ebenso Reinhardt, a.a.O. p. 322; Meiser, a.a.O., p. 597 und Oberneck R.Gr.B.R. § 45.

nicht nur die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, wie Reinhardt[1]) treffend ausführt, sondern auch das reziproke Verhältnis zwischen den Normen des ZVG. und denjenigen des Liegenschaftsrechtes überhaupt. Der I. Entwurf brachte den heutigen § 10 Z. IV ZVG. in folgenden Fassungen: a) § 10 Z. III „die Ansprüche aus Reallasten, Hypotheken und Grundschulden", b) § 11 „Die Vorschriften des § 10 über den Rang der Ansprüche aus Reallasten, Hypotheken und Grundschulden finden auf andere Rechte an dem Grundstück entsprechende Anwendung". Diese beiden Bestimmungen wurden zusammengezogen und ergaben den heutigen § 10 Z. IV ZVG., über den die Denkschrift 37 ausführt:

„Die vierte Klasse umfaßt die Ansprüche aus dinglichen Rechten.. Nach dem BGB. gewähren ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück die Reallasten, Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden. Soweit es sich um andere dingliche Rechte handelt, muß aber das gleiche Recht auf Befriedigung auch dem Anspruche zukommen, der an die Stelle eines solchen Rechtes tritt, falls letzteres durch den Zuschlag erlischt. (§ 91)".

Damit bringt die D. 37 mit anderen Worten zum Ausdruck, was über das Verhältnis dieses Gesetzes zum BGB. in der D. zum Entwurf II gesagt wurde, nämlich, daß das ZVG. mit den sachlichen Vorschriften des Liegenschaftsrechts derart im Zusammenhang steht, daß es als ein Teil des letzteren betrachtet werden könne. Das ZVG. wollte füglich mit dieser Bestimmung keine Erweiterung der begrenzten Rechte am Grundstück, wie sie das BGB. vorgesehen hatte, schaffen, sondern es bei den Vorschriften des BGB. belassen[2]).

aa) Wenn die herrschende Lehre die Vormerkung im Allgemeinen und die Aufl.V. im Besonderen unter § 10 IV ZVG. bringt, so muß sie damit auch zwangsläufig § 11 ZVG. anwenden. Dieser lautet: „Sind Ansprüche aus verschiedenen Rechten nach § 10 Z. IV, VI oder VIII in derselben Klasse zu befriedigen, so ist für sie das Rangverhältnis maßgebend, welches unter den Rechten besteht."

Das Gesetz setzt also voraus, daß die Möglichkeit, besteht, Rechte an einem Grundstück rangmäßig zu bestimmen, d. h. festzustellen, ob ein Recht dem anderen vor- oder nachgeht. Die Handhabe für diese Bestimmung gibt neben dem Liegenschaftsrecht des BGB. und der Reichsgrundbuchordnung das Grundbuch. Die Vorschriften dieser beiden Gesetze sind für die Bestimmung des Ranges maßgebend; wenn

[1]) Reinhardt, a.a.O., p. 321.

[2]) Wenn Jaeckel-Güthe (§ 48 Bem. V) ausführt, die Aufl.V. belaste das Grundstück wie ein dingliches Recht, das nicht auf Leistungen aus dem Grundstück gerichtet sei, so ist diese Erweiterung in das Gesetz hineinexperimentiert und verwirrt nur die klare gesetzliche Vorschrift.

der Gesetzgeber eine abweichende Regelung für das ZVG. wollte, so wäre eine entsprechende Vorschrift in dieses Gesetz aufgenommen. Da der Gesetzgeber dies unterlassen hat, sind bei der Prüfung der Frage, ob die Vormerkung rangfähig ist oder nicht, allein die sachenrechtlichen Vorschriften des BGB. heranzuziehen. Falsch ist es deshalb wenn Meiser (a. a. O. p. 591) ausführt: „... dagegen steht im Sinn dieser Vorschrift hinsichtlich der Rangfähigkeit die Aufl.V. den echten Belastungen des Grundstücks gleich, und dann fortfährt, das ZVG. schreibt ihre rangmäßige Berücksichtigung nach §§ 10, 11 ZVG. ausdrücklich vor."

Die maßgebende Rangordnung der reichsgesetzlichen Rechte am Grundstück findet ihre Regelung in den §§ 879, 881 BGB. Im § 883 Abs. III BGB. ist — der Rechtsnatur der Vormerkung entsprechend — eine Sonderregelung für diese geschaffen worden. Diese lautet: „Der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung." Aus dieser Bestimmung läßt sich m. E. nur entnehmen, daß nur die Vormerkung, die zur Sicherung eines Anspruchs auf Belastung eines Grundstücks dient mit den übrigen begrenzten dinglichen Rechten in ein Rangverhältnis tritt [1]). Also nur dann, wenn die Vormerkung das Recht an einem Grundstück (nur die begrenzten dinglichen Rechte sind dies) sichert, greift § 883 Z. III BGB. und damit auch die Normen der §§ 879—881 BGB. Platz [2]). Diese Folgerung resultiert daraus, daß das dingliche Recht, auf den der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch geht, selber rangfähig ist; rangfähig sind aber alle eintragungsfähigen Rechte außer dem Eigentum! Man kann sich deshalb mit der herrschenden Meinung konform erklären, und eine Vormerkung, die nicht auf Eigentumsverschaffung hinzielt, für rangfähig erklären und sie unter §§ 10, Z. IV, 11 ZVG. bringen. Eine solche Vormerkung, die auf Verschaffung eines Rechtes (nicht Eigentum) oder auf Löschung eines solchen Rechtes hinsteuert ist dem § 48 ZVG. zu unterstellen [3]). Ob § 883, Abs. III BGB. eine Abänderung der Norm des § 879 verfügt, wie Meiser lehrt, kann zweifelhaft sein, daß aber § 883 Abs. III BGB. auf die Vormerkung als solche Anwendung finden muß, und nicht § 879 BGB. wird überwiegend angenommen [4]). § 883 Abs. III BGB.

[1]) Richtig Planck, § 879, Erl. 7c, § 883, Erl. 3b.

[2]) Herrsch. Meinung.

[3]) Den Ausführungen Meisers, a.a.O., p. 592 Bem. V ist deshalb nur beizupflichten.

[4]) So auch Jaeckel-Güthe in Gruch.Beitr. 57/5. Für die Vormerkung des Löschungsanspruches hat das Bay.O.L.G. (n. F. 12/281) ausgeführt, daß sie kein mit einem Range ausgestattetes dingl. Recht begründe. Mit Recht hat schon Meiser darauf hingewiesen, daß daraus auf die Vormerkung im allgemeinen keine Schlüsse zu ziehen sein.

handelt von dem Range des endgültigen durch die Vormerkung erstrebten Rechtes, der sich nach § 879 in Verbindung mit § 883 Abs. III BGB. bestimmt (s. Meiser, a. a. O., p. 592).

Diese Kraft schöpft die Vormerkung aber nicht aus sich heraus, sondern das künftig zu verwirklichende dingliche Recht teilt gewisse dingliche Wirkungen die ihm selbst eigen sind, der Vormerkung mit. Deshalb kann auf die Aufl.V. § 883 Abs. III BGB. keine Anwendung finden, da diese Bestimmung nur für echte Grundstücksbelastungen gilt [1]). Die Aufl.V. soll dem Berechtigten die Eigentumsverschaffung nach Maßgabe des § 883 Abs. II BGB. sichern. Das Eigentum steht aber außerhalb der Rangordnung der begrenzten dinglichen Rechte an ihm selbst. Es dient zur Befriedigung dieser Rechte und schafft für diese die rechtliche und wirtschaftliche Grundlage. Daß das Eigentum durch die begrenzten dinglichen Belastungen an sich selber eingeengt wird, ist zweifellos richtig, daß sich ersteres aber bei einer Vereinigung in einer Hand wieder zu seinem vollen Umfange ausdehnt, ist trotz der Bestimmungen im § 889 BGB., die im Hinblick auf die Eigentümergrundschuld geschaffen wurde, heute herrschende Lehre [2]).

Meiser (a. a. O., p. 591) sieht darin eine Rangbeziehung zwischen Eigentum und begrenztem dinglichen Rechte im weiteren Sinne, gibt aber selber zu, daß für die Zwangsversteigerung nur Rangbeziehungen „im engeren Sinne", d. h. von Grundstücksbelastungen unter einander entscheidend sind [3]). Diese Rangbeziehungen im weiteren Sinne haben nur theoretischen Wert, auf § 883 Abs. III BGB. sind sie nicht anwendbar.

Es geht aber auch nicht an, bei der Aufl.V. von einer Rangbeziehung im „engeren Sinne" zu sprechen. Da die Vormerkung keine Selbständigkeit in sachenrechtlicher Beziehung genießt, sondern nur — getragen durch den wirksamen obligatorischen Rechtsakt — das starke Bindeglied zwischen dem schuldrechtlichen Anspruche und dem endgültigen Erwerbsakt (Einigung und Eintragung) darstellt, wird sie nach verschiedenen Richtungen von dem dinglichen Rechte bestimmt. So stellt sich ihre Rangfähigkeit als Vorwirkung des zu schützenden Rechtes

[1]) Ebenso Fuchs, R.Gr.B.R. § 883 Randziffer 1, Reinhardt, a.a.O. p. 323, Planck, a.a.O. § 879 Erl. 7c; dagegen: Jaeckel-Güthe, Brand-Baur, Staudinger, a.a.O. § 883 Erl. V 7a, Meiser, a.a.O., p. 593, R.G. 55/270, K.G.E. 49/A198.

[2]) Darüber die ausführlichen Darstellungen von Schmidt-Rumpler, die Eigentümerdienstbarkeit 1911, und Junker, die Eigentümerdienstbarkeit, Diss. 1907.

[3]) Auch Güthe, a.a.O., p. V macht diesen, wenn auch nicht so scharf abgegrenzten Unterschied zwischen der Rangstellung der Vormerkung als solche und dem Range des durch sie gesicherten dinglichen Rechtes.

bar und ist deshalb davon abhängig, ob das zu verwirklichende Recht selber rangfähig ist. Das Eigentum ist aber (soweit ich feststellen konnte) nicht rangfähig. Damit entfällt auch eine Rangbeziehung von Aufl.V. und Grundstücksbelastungen [1]) und damit gleichzeitig die Anwendbarkeit der §§ 10, 11 ZVG. Hier wird verschiedentlich u. a. auch von Meiser (a. a. O., p. 591), der unmotivierte Sprung in das ZVG. gemacht und den §§ 10, 11 ZVG. Folgerungen unterstellt, die die garnicht im Gesetz enthalten sind.

Schon Reinhardt hat in seinem Aufsatz [2]) mit Recht darauf hingewiesen, daß die Wortauslegung des § 48 ZVG. zwingend darauf hinweise, daß die Aufl.V. nicht unter die Bestimmungen der §§ 10, 11 ZVG. gestellt werden kann. Nach § 48 ZVG. ist jedes durch Vormerkung geschütztes Recht wie ein eingetragenes zu berücksichtigen. Auf die Aufl.V. angewandt, hätte das zur Folge, daß nicht der im Grundbuch eingetragene Schuldner Eigentümer wäre, sondern der Vormerkungsberechtigte. Die Anordnung der Zwangsversteigerung wäre deshalb nach § 17 Z. I ZVG. unzulässig; eine trotzdem angeordnete Zwangsversteigerung müßte gem. § 28 ZVG. von Amts wegen eingestellt werden. Wird auch dieses unterlassen, so wäre der Zuschlag nach § 83 Z. VI ZVG. zu versagen. Eine Nichtbeachtung dieser Vorschrift gäbe den Beteiligten den von Amts wegen zu berücksichtigenden Beschwerdegrund des § 100 Z. I ZVG. Die herrsch. Lehre unterstellt die Aufl.V. dem § 48 ZVG. ohne diese Folgerung zu ziehen. Der gesetzgeberische Grund dieser Vorschrift ist die Ermittlung des geringsten Gebotes, da die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Rechte an dem Grundstück gedeckt werden müssen [3]). Da demnach nur die im Range vorgehenden Rechte Berücksichtigung im geringsten Gebote finden, das durch die Vormerkung geschützte Recht aber erst ein werdendes Recht ist, so wird es wie das endgültige Recht behandelt, unter gleichzeitiger Festsetzung des Kapitalbetrages, um den sich bei Wegfall des Rechtes der Wert des Grundstücks erhöht (§§ 50 ff. ZVG.). Es darf dabei aber nicht übersehen werden, daß nur die begrenzten dinglichen Rechte am Grundstücke zu dem dinglichen Rechte des betreibenden Gläubigers in einem Rangverhältnis stehen und dem § 48 ZVG. deshalb nur jene Vormerkungen zu unterstellen sind, bei denen das zu sichernde

[1]) Wenn man davon spricht, die Aufl.V. habe den Rang vor oder nach einer Hypothek, so liegt darin nur ein Rangverhältnis „im weiteren Sinne", das bei der Zwangsversteigerung außer Betracht zu lassen ist (ähnlich Reinhardt, Gruch.Beitr. 62/324 u. Meiser, 57/591).

[2]) A.a.O., p. 325.

[3]) Dieses Deckungsprinzip war dem älteren Rechte fremd und fand erst durch die preußische, sächsische und bayrische Subhastationsordnung von 1883, 1884, 1886 Aufnahme in das Gesetz.

Recht diese Voraussetzungen erfüllt. Gemeint ist also nur eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines begrenzten dinglichen Rechtes, das eingetragen, eine neue und selbständige Belastung des Grundstückes ergibt [1]). Es ist nicht recht verständlich, warum Meiser [2]) diese Konsequenz nicht zieht, trotzdem er zugeben muß, daß § 48 ZVG. nicht wörtlich auf die Aufl.V. paßt. Nach allgemeinen Ausführungen behauptet er dann weiter, daß die Vormerkung als solche einen Rang habe (§ 883 III BGB.), da das gesicherte Recht in den Rang seiner Vormerkung einrücke; auf die AuflV. sei § 883 Z. III BGB. jedoch nicht anwendbar, die Aufl.V. könne in diesem Falle ihren Rang nicht abgeben. Trotzdem fehle ihr selbst aber keineswegs der Rang! Damit widerspricht er sich selbst. Wenn er lehrt, § 48 ZVG. sei seinem Gedanken nach leicht verständlich, seine Fassung sei aber unglücklich gewählt, so stimmt das nur insofern, als man mit der herrschenden Lehre die Aufl.V. darunter subsumiert. Jede gesetzliche Vorschrift wird schief, wenn man ihr mit Gewalt Tatbestände unterstellen will, die im Gesetz nicht enthalten sind. Auch hieraus ergibt sich die Nichtanwendbarkeit des § 48 ZVG. für die Aufl.V.

Die im geringsten Gebote befindliche Aufl.V., die dem betreibenden Gläubiger im Range vorgeht, bleibt gem. § 62 ZVG. bestehen. Der Berechtigte kann von dem Ersteher, der nach § 90 ZVG., Eigentum erworben hat, die Zustimmung zur Eintragung verlangen und diesen zur Herausgabe zwingen [3]) (§ 888 Z. I BGB.).

Meiser (Gruch. Beitr. 57/608) glaubt, es sei bei der Unselbständigkeit der Vormerkung vom gesetzgeberischen Standpunkte aus viel richtiger, den Gläubiger evtl. auf einen Prozeß gegen den Ersteher zu verweisen, als die Zwangsversteigerung behindern zu lassen, wenn die Aufl.V. nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bliebe. Keineswegs! Führt doch ein solcher Prozeß nur dazu — vorausgesetzt, daß die Aufl.V. einwandfrei ist —, den Ersteher ersatzlos um das ersteigerte Grundstück zu bringen. Eine solche rechtliche Folge ist niemals „gesetzgeberisch" und zeigt, daß die herrschende Lehre starke Mängel aufweist. Praktisch bedeutet auch heute schon die Aufl.V. in einer Zwangsversteigerung ein dieser entgegenstehendes Recht, denn bei dem großen Risiko, das jeder Ersteher mit der Aufl.V. übernimmt, wird es nur in den seltensten Fällen zu einem Gebote kommen.

Wenn die Herausgabe des durch den Zuschlag gem. § 90 ZVG. erworbenen Grundstücks an den Vormerkungsgläubiger (bei der Be-

[1]) So Reinhardt, Komm. zum ZVG. § 48 Erl. IV 1 und Jaeckel-Güthe, Komm. zum ZVG. § 48 IV, ohne die Folgerungen daraus zu ziehen.

[2]) A.a.O., p. 780, Note 26.

[3]) Jaeckel-Güthe, Komm. zum ZVG. § 48 Erl. 4b; Meiser, Brand-Baur, a.a.O.. p. 47; O.L.G. Kiel v. 27. 10. 1911; Seuff.Arch. 67/272.

handlung der Aufl.V. gem. § 48 ZVG.) eine unbillige Härte dem Ersteher gegenüber bedeutet, so kann dem nicht entgegengehalten werden, daß auch der Dritterwerber beim Verkauf und nachfolgender Uebereignung (§§ 873, 925 BGB.) außerhalb der Zwangsversteigerung dieselbe prekäre Rechtsposition hat, falls der Vormerkungsgläubiger seinen Anspruch auf Eintragung im Wege des § 888 Abs. I BGB. geltend macht. Der Dritterwerber muß zwar ebenfalls seine Einwilligung zu der Eintragung des Berechtigten geben und verliert sein Eigentum, behält aber immer seine Schadensersatzansprüche gegen den Veräußerer ,die entweder auf § 434 oder § 826 BGB. beruhen[1]). Die Lage wird für den Ersteher aber eine ganz andere, wenn er das Grundstück in der Zwangsversteigerung durch den Zuschlag erworben hat. Man muß nämlich davon ausgehen, daß das gesamte Zwangsvollstreckungswesen dazu dient, dem Gläubiger mit Hilfe staatlicher Machtfunktionen seine ausstehenden Forderungen hereinzubringen. Sobald der Vermögensgegenstand des Schuldners durch den staatlichen Machtakt der Beschlagnahme in den Verstrickungszustand gerät, ist er der Willensdisposition der Beteiligten entzogen. Dies gilt im besonderen Maße bei der Zwangsversteigerung eines Grundstückes, da hier in der Regel auf der Gläubigerseite mit mehreren Beteiligten zu rechnen ist, die alle auf volle Anspruchsbefriedigung drängen. Nach der herrschenden Meinung finden deshalb auf den Eigentumübergang durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung nicht die Normen des BGB. Anwendung[2]). Der Erwerber erhält das Eigentum unmittelbar durch den Zuschlag des in Ausübung staatlicher Zwangsgewalt erteilten Richterspruchs. Gem. § 56 zweiter Satz ZVG. hat der Ersteher keinerlei Ansprüche auf Gewährleistung; der Ersteher ist also nicht dagegen geschützt, wenn das Grundstück mit Rechtsmängeln behaftet ist und muß deshalb auch den durch § 888 Z. I BGB. bewirkten Eigentumsverlust entschädigungslos hinnehmen[3]). Daß es ihm gelingen wird, später im Wege einer Schadensersatzklage gegen den Versteigerungsrichter noch etwas zu retten, halte ich für aussichtslos[4]).

---

[1]) Man darf dem Dritterwerber in diesem Falle wohl einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung einräumen, weil der Eigentümer mit der Pflicht zur Leistung zugleich die Haftung für seine Leistungsfähigkeit übernommen hat. Zu dieser Leistungsfähigkeit war er aber wegen der aus der Aufl.V. resultierenden Ansprüche von vorneherein unvermögend, dieses Unvermögen hatte er aber zu vertreten (s. auch RGRK.Erl. z. § 434 I und R.G.E. Bd. 69/356).

[2]) Ebenso Reinhardt, Komm. zum ZVG. § 90 Erl. 1a, Brand-Baur, a.a.O., p. 273 ff.; R.G.E. Bd. 60/54; 67/382; 80/351.

[3]) S. aber Reinhardt, Komm. ZVG. § 56 Z. V.

[4]) Ueber die Amtspflichtverletzung des Versteigerungsrichters s. insbesondere R.G.E. 125/299.

Denn worin sollte die Amtspflichtverletzung des Versteigerungsrichters zu erblicken sein? Etwa darin, daß er den Ersteher nicht genügend auf die Nachteile seiner — wegen der im geringsten Gebote befindlichen Aufl.V. — Rechtslage hingewiesen hat. Damit würde die schon von Kretzschmar[1]) ausgesprochene Folgerung nur zu wahr werden, denn durch den Hinweis des Versteigerungsrichters würde jeder ernstliche Reflektant vom Bieten abgehalten, und der Versteigerungsrichter selbst die Versteigerung unmöglich gemacht haben.

In einem solchen Falle könnte deshalb nur der durch die Aufl.V. Berechtigte als ernstliche Bieter in Frage kommen, da dieser nicht der Gefahr ausgesetzt ist, das Grundstück später wieder herausgeben zu müssen. Dabei ist aber zu erwägen, daß sich der Vormerkungsberechtigte auf Kosten der anderen Beteiligten erheblich bereichern kann, ohne daß diese die Möglichkeit haben, gegen den Ersteher eine Konditionsklage erfolgreich durchzuführen.

Praktisch könnte auch noch der Fall werden, daß der Bieter und späterer Ersteher des Grundstückes in der Zwangsversteigerung weiß, daß die Aufl.V. eines Dritten unwirksam ist, weil das ihr zu Grunde liegende obligatorische Rechtsgeschäft nichtig ist (Verstoß gegen § 313 BGB). Er wird deshalb unter Umständen das Grundstück billig erstehen können, da die anderen Reflektanten wegen der vermeindlichen Aufl.V. vom Bieten abgehalten werden[2]). Sein Eigentum ist später nicht gefährdet, da der Vormerkungsberechtigte aus einer nichtigen Vormerkung natürlich keinen Anspruch gem. § 888 Abs. I BGB. herleiten kann.

bb) Es ist für die Beweisführung, daß die Aufl.V. ein Gegenrecht im Sinne des § 37 ZVG, Z.5. ist, vielleicht von Bedeutung, auf die Behandlung des Widerspruchs im Zwangsversteigerungsverfahren einzugehen. Hierbei ist zu unterscheiden, ob es sich um einen Widerspruch gegen die Löschung eines das Grundstück belastenden Rechtes oder um den Widerspruch des wahren Eigentümers gegen den Bucheigentümer handelt. Im ersten Falle wäre der Widerspruch dem § 48 ZVG. zu unterstellen, d. h. das erloschene Recht wird als bestehend fingiert und in das geringste Gebot aufgenommen, wenn es dem betreibenden Gläubiger im Range vorgeht. Anderenfalls erlischt es durch den Zuschlag § 90 ZVG., und der Wert tritt an seine Stelle, § 92 ZVG.[3]). Handelt es sich dagegen um den Widerspruch des wahren Eigentümers gegen den Bucheigentümer, so wird dieser Widerspruch als ein Gegenrecht

[1]) Kretzschmar in J.W. 1914/562 ff.

[2]) Der Versteigerungsrichter kann aus dem Grundbuch die Nichtigkeit dieser Aufl.V. natürlich nicht ersehen, und verfährt gem. §§ 10, 48, 52 ZVG.

[3]) Soweit ich gefunden habe, unbestritten!

im Sinne des § 37 Z.V ZVG. behandelt, und der Berechtigte hat dasselbe im Wege des § 771 ZPO. zu verfolgen [1]).

Die herrsch. Lehre unterstellt also den Eigentumswiderspruch dem § 37 Z.V. ZVG. Mit welchem Rechte? § 37 Z. 5 ZVG. spricht doch von einem Gegenrecht, wobei der Ton auf das Wort „Recht" zu legen ist. Hierher gehören das Eigentum des Nichteingetragenen, das Dritteigentum am Grundstückszubehör, weiter das Recht dessen, zu dessen Gunsten ein Veräußerungsverbot besteht (§§ 135, 136 BGB.) und so fort.

Der Widerspruch als solcher ist aber kein Recht an einem Grundstücke, er ist überhaupt kein Recht, sondern ein Buchvermerk, auf dem die Vorschriften über eingetragene Rechte im allgemeinen keine Anwendung finden [2]). Der Widerspruch zerstört den guten Glauben des Grundbuchs, hat also die Wirkung, daß das durch ihn geschützte Recht, falls es wirklich besteht, einem Dritterwerber gegenüber wirksam ist. Der Bucheigentümer behält zwar die volle Verfügungsgewalt, jeder Dritte wird aber durch das hinter dem Widerspruch stehende Recht in seiner Rechtssphäre gestört.

Dieselben Wirkungen muß die Vormerkung zeitigen, denn sowohl Eigentumswiderspruch wie Eigentumsvormerkung schöpfen ihre Kraft aus der dinglichen Natur des hinter ihnen stehenden Eigentums [3]). Dabei kann der Umstand, daß bei dem Eigentumswiderspruch das dingliche Recht schon in seinem vollen Umfange existiert, bei der Aufl.V. dagegen das Eigentum noch in der Zukunft liegt, aber — falls nur die Vormerkung einwandfrei und erfüllungsreif ist — mit Sicherheit zum Entstehen gelangen wird, m. E. nicht die Wirkung haben, daß die Aufl.V. einer anderen Behandlung zuteil wird.

Sowohl der Eigentumswiderspruch wie auch die Aufl.V. als solche, könnten niemals die hemmende Wirkung gegen den durch die in der Zwangsversteigerung bewirkten Verstrickungszustand ausüben, wenn sie nicht unter den starken Ausstrahlungen des Eigentums ständen. Haben aber diese beiden Buchvermerke das starke Recht des Eigentums hinter sich, so ist nicht einzusehen, warum dem einen Rechte (Widerspruch) die vom Gesetzgeber gewollte stärkere Wirkung zukommen soll, dem anderen

---

[1]) Ebenso Reinhardt, Komm. ZVG. § 48 Erl. III 2; Brand-Baur, a.a.O., p. 57; Kretzschmar, J.W. 1914/561 (dieser will § 771 aber nur dem endgültig Eingetragenen geben), Meiser, a.a.O. 602, Planck, Komm. Bd. III § 889 Erl. 5e; desgl. Staudinger, a.a.O.; Biermann, a.a.O., p. 98; a. Mein. Jaeckel-Güthe, Komm. ZVG. § 48 Erl. 5, aber im Widerspruch mit § 37 Erl. 15 a. Ende; R.G.R. Komm. Erl. z. § 889 Z. 1 BGB. (nicht ganz klar) K.G.E. Jh. 47/214.

[2]) So R.G.R. Komm. Erl. z. § 895; desgl. Staudinger, Erl. 13 z. § 899; Biermann, a.a.O., p. 96.

[3]) So richtig R.G.R. Komm. § 899 Erl. 1; ähnlich Biermann, a.a.O., p. 102. der davon spricht, daß der Widerspruch in ganz geringem Maße wie das eingetragene Recht selber wirke.

Rechte dagegen nicht. Wenn man der herrsch. Lehre zugeben kann, daß die Vormerkung kein dingliches Recht [1]), keine „obligatio in rem scripta [2]) und auch kein bloßes „jus ad rem" [3]) ist, sondern, um mit dem Reichsgericht zu sprechen [4]), „ein persönlicher Anspruch ist, dem bestimmte Wirkungen, die teilweise denen eines dinglichen Rechtes ähnlich sind", so nimmt die Aufl.Vorm. unter den Vormerkungen doch eine besondere Stellung ein, da sie nicht darauf abzielt, eine Belastung des Grundstückes herbeizuführen, sondern das Eigentum verschaffen will. Wie nun die beschränkten dinglichen Rechte ihre Vormerkungen mit gewissen Rechtswirkungen, die ihnen selbst anhaften, ausstatten, so erst recht das stärkste Recht, das das BGB. kennt, das Eigentum. Diese Rechtswirkungen der Aufl.Vorm. müssen sich auch in der Zwangsversteigerung geltend machen, und dazu führen, daß der Aufl.Vorm. eine andere Behandlung zuteil wird, als den Belastungsvormerkungen, die dem § 48 ZVG. zu unterstellen sind [5]). Der Gesetzgeber hat diese Rechtswirkungen für den Widerspruch (der hier sonst nicht weiter interessiert) in § 884 BGB. für die Vormerkung und damit auch für die Aufl.V. in § 883 Z. II BGB. festgelegt. Wenn der Eigentümer nach Eintragung der Aufl.V. das Grundstück an einen Dritten veräußert, so braucht der Vormerkungsgläubiger nichts zu befürchten; das Grundstück bleibt ihm trotz Uebereignung an den Dritterwerber erhalten, denn die Zustimmung der Umschreibung kann der Vormerkungsgläubiger erzwingen. Belastet der Eigentümer das Grundstück, so läßt das den Vormerkungsgläubiger unberührt, denn sein Recht auf Löschung dieser Belastung ist kraft der buchmäßigen Sicherung des Uebereignungsanspruches stärker als die Rechte der hinter ihm Rangierenden. Das gilt auch kraft positiver Vorschrift (§ 883 Z. III BGB.), wenn die Verfügungen im Wege der Zwangsversteigerung erfolgen.

Wird während des Versteigerungsverfahrens, d. h. nach der im § 20 ZVG. vorgesehenen Beschlagnahme des Grundstückes, der vor dem betreibenden Gläubiger eingetragene Vormerkungsgläubiger durch eine Verfügung des Schuldners eingetragener Eigentümer (die erfolgte Beschlagnahme hat nur die Wirkung eines relativen Veräußerungsverbotes, Grundbuchsperre tritt nicht ein. Herrsch. Meinung!), so ist die Zwangsversteigerung damit beendet, denn die Veräußerung ist dem betreibenden Gläubiger gegenüber wirksam [6]).

---

1) Fuchs. Gruch.Beitr. 46/563; nicht ganz so klar Biermann, a.a.O. S. 170.

2) Dernburg, Bürg.Recht, Bd. 3, § 63, Gierke, u. a. m.

3) Oberneck, RGrB. Recht § 48 Erl. 4.

4) R.G.Z. 113/409; 121/47; 129/185—186.

5) Ebenso Reinhardt, Gruch.Beitr. Bd. 62/327.

6) S. darüber die trefflichen Ausführungen bei Meiser, a.a.O., p. 611 ff.; ebenso wie im Text Seuff.Arch. Bd. 67 Nr. 155.

Wird also der Vormerkungsgläubiger gegenüber dem später Eingetragenen geschützt, wenn sich dessen Recht noch in einem latenten Zustande befindet, d. h. dieser noch nicht im Wege der Vollstreckung Befriedigung aus dem Grundstück sucht, so muß ein Schutz für den Vormerkungsgläubiger um so mehr Platz greifen, wenn die Gläubiger ihr Recht in der Zwangsversteigerung verwirklichen wollen.

Auch hieraus ergibt sich m. E., daß die Aufl.V. in der Zwangsversteigerung ein Gegenrecht darstellt und dem § 37 Z. V ZVG. zu unterstellen ist.

2 b) Nach der herrsch. Lehre tritt an Stelle der durch den Zuschlag erlöschenden Aufl.V. der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlös. (§ 92 ZVG.) Dieser Fall tritt dann ein, wenn die Aufl.V. aus irgend welchen Gründen nicht mit in das geringste Gebot aufgenommen wurde, (§ 52 Abs. I Satz 2 ZVG.) oder der betreibende Gläubiger vor dem Vormerkungsgläubiger rangiert, (§ 44 ZVG.). In diesen Fällen muß der Vormerkungsgläubiger den Wert der Aufl.V. abschätzen und bis zum Verteilungstermin anmelden, falls sich die Höhe des Wertes der Auf.V. weder aus anderen Umständen ergibt, noch ein Höchstbetrag gem. § 882 BGB. im Grundbuch eingetragen ist.

Für diese Wertberechnung gem. § 92 ZVG. hat das Gesetz keinerlei maßgebende Gesichtspunkte aufgestellt. Deshalb gehen die verschiedenen Anschauungen stark auseinander. Gegen die von Jaeckel-Güthe vertretene Ansicht [1]), der gesamte Versteigerungserlös, soweit er nicht zur Befriedigung der vorgehenden Berechtigten zu verwenden ist, gebühre dem Vormerkungsgläubiger, sind beachtenswerte Stimmen laut geworden [2]). Diese wollen dem Vormerkungsgläubiger nur einen Schadensersatzanspruch wegen des ihm durch die Nichterfüllung entstandenen Schadens gem. § 280 BGB. zubilligen. Dieser Berechnung werden sich aber die größten Schwierigkeiten entgegenstellen, so daß, bei Fehlen jeglicher gesetzlichen Bestimmung die Abschätzung des Wertes der Aufl.Vorm. dem freien Ermessen des Versteigerungsrichters überlassen bleibt. Damit wird man aber dem Vormerkungsgläubiger nicht gerecht, denn es hängt ganz von der subjektiven Einstellung des Richters ab, ob der Gläubiger einen größeren oder kleineren Ersatz für die erloschene Aufl.Vorm. erhält. Damit wird gleichzeitig für die anderen Beteiligten eine höchst unsichere Rechtslage geschaffen, da die Höhe ihrer Ansprüche von der Beurteilung des Wertes der Aufl.Vorm. abhängig ist. Wird dagegen die Aufl.Vorm. als ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht gem. § 37 Ziff. 5 ZVG. behandelt, so wird der unsicheren Rechtslage, die noch durch die Heranziehung der §§ 50, 51

---

1) Jaeckel-Güthe, Komm. ZVG. § 92 Erl. 4.

2) Meiser, a.a.O., p. 792; Kretzschmar, J.W. 1914/561 und neuerdings Kamm.Ger.Urteil v. 11. 3. 1931 in J.W. 1932 S. 190.

ZVG. für die Aufl.Vorm. verstärkt wird, der Boden entzogen. Denn in diesem Falle ist die Ersatzpflicht für die erlöschende Aufl.Vorm. gem. § 37 Ziff. 5 ZVG. eindeutig bestimmt: der Versteigerungserlös tritt an die Stelle des erloschenen Rechtes.

Die Anwendung der §§ 50, 51 ZVG. auf die Aufl.Vorm. führt andererseits zu Konsequenzen, die dem Sinne des Gesetzes zuwiderlaufen. Besteht die in das geringste Gebot aufgenommene Aufl.V. nicht zu Recht, so hat der Ersteher neben dem Bargebot auch noch einen Kapitalbetrag zu zahlen, der dem Wert der Aufl.V. gleichsteht. Diese in § 50 Z. II ZVG. festgelegte Anordnung ist eine gesetzliche Versteigerungsbedingung, der der Ersteher auch dann unterliegt, wenn sie bei Feststellung des geringsten Gebotes nicht zur Sprache gebracht worden ist. Der Ersteher ist sogar dann zur Zuzahlung verpflichtet, wenn die in der Aufl.V. enthaltene aufschiebende Bedingung nach Wirksamwerden des Zuschlages ausfällt [1]).

Jeder Ersteher eines mit einer Aufl.V. belasteten Grundstücks ginge deshalb ein doppeltes Risiko ein: erstens läuft er Gefahr, das Grundstück ohne Ersatzansprüche herausgeben zu müssen, da die bestehenbleibende Aufl.V. (§ 52 ZVG.) ihre Wirkungen gem. §§ 883, 888 BGB. äußern kann; zweitens muß er damit rechnen, daß der durch die Aufl.V. gesicherte Anspruch auf Auflassung nicht zu Recht besteht. Dann hat der Ersteher wegen der durch den Wegfall der Aufl.V. erfolgten Wertserhöhung des Grundstücks einen Ausgleich durch Barzahlung zu schaffen. In diesem Falle hat der Versteigerungsrichter die wohl unlösbare Aufgabe zu bewältigen, den Betrag festzusetzen, den der Ersteher zuzuzahlen hat, falls der Auflassungsanspruch nicht besteht [2]) Erschwerend wirkt dabei noch für den Ersteher der Umstand, daß er sein Meistgebot nicht wegen Irrtums anfechten, sondern nur im Wege der sofortigen Beschwerde den Zuschlagsbeschluß angreifen kann. (§§ 83 Z. I, 100 ZVG. § 793 ZPO. [3]). Versäumt der Ersteher dagegen diese Frist, oder stellt sich nach Rechtskraft des Zuschlages, d. h. zwei Wochen nach Erteilung desselben heraus, daß die Eintragung der Aufl.V. nichtig ist, so bleibt dem Ersteher nichts anderes über, als neben dem schon entrichteten Bargebote die Ersatzzahlung vorzunehmen [4]).

---

[1]) Auch hier herrscht Streit, ob die Aufl.V. dem § 50 oder § 51 ZVG. unterstellt werden soll; s. darüber insb. Meiser, a.a.O., p. 784.

[2]) S. auch Reinhardt, Gruch.Beitr. 62/340 und Kretzschmar, J.W. 1914/562. Ueber verschiedene Berechnungsarten im Falle des § 50 ZVG. s. Biermann, a.a.O., p. 199 und dagegen Meiser, Gruch.Beitr. 57/783. Daß der Ersteher nach der herrsch. Lehre außer seinem Bargebote nochmals den Wert der Aufl.V., der in den meisten Fällen gleich dem Grundstückswerte ist, zahlen soll widerspricht wohl jeder Logik.

[3]) So R.G.E. Bd. 54/308 ff.

[4]) Wegen Uebertragung der Forderung gegen den Ersteher siehe Komm. zum ZVG. § 125.

Schon diese rein praktischen Folgen dürften es zweifelhaft erscheinen lassen, ob die herrsch. Lehre mit ihrer Theorie, die Aufl.V. dem Surrogationsprinzipe des § 92 ZVG. und dem Werterhaltungsprinzipe des § 50 zu unterstellen, auf dem richtigen Wege ist.

Geht man dagegen mit Verf. davon aus, daß die Aufl.V. in der Zwangsversteigerung ein Gegenrecht im Sinne des § 37 Z. V ZVG. darstellt, so ist die Feststellung der Summe, die der Vormerkungsberechtigte nach Erlöschen seines Rechtes erhält, einfach. Der Ersatzwert umfaßt nämlich kraft positiver Bestimmung in § 37 Z. V ZVG. den Versteigerungserlös in seiner Gesamtheit, wobei es gleichgültig ist, ob dieser höher ist als der Wert des Grundstückes, oder nicht [1]). Dieser Erlös ist dem Berechtigten in seiner Gesamtheit auszuhändigen, soweit er nicht von Gläubigern beansprucht werden kann, denen gegenüber sein Recht aus § 883 Z. II BGB. wegen der früheren Eintragung dieser Gläubiger nicht durchschlägt. Bleibt z. B. nach der Vorwegnahme der Versteigerungskosten (§ 109 ZVG.) ein Betrag von RM. 20 000, so erhält der Vormerkungsgläubiger, obgleich das geringste Gebot gem. § 90 ZVG. vier weitere Berechtigte umfaßt, RM. 12 000, da gegen den Berechtigten A, dessen Hypothek in Höhe von RM. 8 000 vor der Aufl.V. eingetragen wurde, die Wirkungen derselben gem. § 883 Z. II BGB. nicht Platz greifen. Die anderen Gläubiger B, C und D fallen aus.

Ob, wie Reinhardt [2]) ausführt, die Anhänger der herrsch. Theorie davon ausgehen, daß die Aufl.V. kein auf Zahlung eines Kapitals gerichtetes Recht ist, und im Falle des Erlöschens gem. § 92 Z. I ZVG. behandelt werden muß, mag zweifelhaft sein. Man kann aber niemals den Beweis für die Natur eines Rechtes in der Weise führen, daß man eine Vorschrift aus einem anderen Gesetze heranzieht, die nur Folgerungen für das Recht zieht, seine Rechtsnatur also voraussetzt [3]).

Die herrsch. Lehre muß bei ihrer Folgerung, — daß nämlich die gem. §§ 10, 48, 92 ZVG. bestehenbleibende Aufl.V. den Ersteher zur Herausgabe verpflichtet — zugeben, daß sie einem durch Bucheintrag gesicherten obligatorischen Anspruch auf Auflassung stärkere Wirkung wie dem Eigentum selbst einräumt. Denn sowohl für den Fall des

---

1) So richtig R.G.R. Bd. 88/357.

2) So Reinhardt, Gruch.Beitr. Bd. 62/331.

3) Auf die Streitfrage, ob an Stelle des ursprünglichen Rechtes bei Erlöschen desselben durch den Zuschlag ein Forderungsrecht gegen den Vollstreckungsschuldner, den Ersteher oder ein öffentlicher Rechtsanspruch gegen den Staat entsteht, kann hier nicht eingegangen werden. Es ist dagegen im Anschluß an die herrsch. Meinung festzustellen, daß der Versteigerungserlös keine Mobiliarmasse darstellt, sondern kraft der gesetzlichen Surrogation zur Abwicklung der Liquidation dinglich gebunden ist. R.G.E. Bd. 88/304; Reinhardt in Leipz. Z. 1925/759; Brand-Baur, a.a.O., p. 282.

Widerspruchs des nichteingetragenen Eigentümers gegen den Bucheigentümer, wie auch für den Fall der endgültigen Eintragung des Vormerkungsgläubigers im Laufe des Zwangsversteigerungsverfahrens, aber vor Erteilung des Zuschlags, hat der wahre Eigentümer unter bestimmten Voraussetzungen durch den Zuschlag in der Versteigerung sein Eigentumsrecht trotzdem verloren [1]). Unterstellt man dagegen die Aufl.V. und den Eigentumswiderspruch dem § 37 Z. V ZVG., so hängt das Bestehenbleiben des Rechtes von dem Verhalten des Berechtigten ab. § 37 Z. V ZVG. lautet nämlich in seinem fraglichen Teile: „... widrigenfalls für das Recht der Versteigerungserlös an die Stelle des versteigerten Gegenstandes treten würde". Damit ist klar zum Ausdruck gebracht, daß der Eigentümer, falls er nicht selbst die Aufhebung des Zwangsversteigerungsverfahrens in die Hand nimmt, durch den im rechtskräftigen Zuschlag liegenden Eigentumserwerb des Erstehers sein Eigentum verliert. Da die sachenrechtlichen Vorschriften des BGB. (§§ 873, 925) für den Eigentumserwerb gem. § 90 ZVG. nicht durchschlagen, so kommt es bei diesem Erwerb nicht auf den guten oder bösen Glauben des Erstehers an. Vielmehr ist der Eigentumserwerb in der Zwangsversteigerung ein originärer Erwerb, wobei der Richter kraft gesetzlicher Befugnis ein neues Eigentumsrecht, das mit dem früheren Eigentum in keinerlei Zusammenhang steht, auf den Ersteher überträgt. In den Motiven [2]) wird hierzu bemerkt: „Mit dem Eigentumserwerbe des Erstehers ist natürlich das bisherige Eigentum eines anderen unverträglich. Der Ersteher ist nicht Rechtsnachfolger des Schuldners. Er erwirbt durch den Zuschlag als konstitutiven Akt das Eigentum."

Der rechtskräftige Zuschlag zerstört also das Eigentumsrecht eines Dritten [3]), er zerstört weiter ein dingliches Vorkaufsrecht, selbst ein für alle Fälle bestelltes Vorkaufsrecht gem. § 1097 BGB. erlischt nach § 91 ZVG. Ist es dagegen mit in das geringste Gebot aufgenommen, dann bleibt es zwar nach § 52 ZVG. bestehen, kann aber nur Wirkungen für einen zukünftigen Verkaufsfall äußern [4]). Auch die beiden im öffentlichen Interesse geschaffenen Ausnahmen, das Vorkaufsrecht eines gemeinnützigen Siedelungsunternehmens (§§ 4, 14 des Reichs-Siedelungsgesetzes v. 11. August 1919), und das Vorkaufsrecht für den Ausgeber einer Heimstätte nach § 11 des Reichsheimstättengesetzes v. 10. Mai 1920 können nicht als Gegenbeweis herangezogen werden, da

---

[1]) Daß in beiden Fällen dem Eigentümer ein Gegenrecht zusteht, welches er selber geltend machen muß (§ 37 Z. V ZVG.), wird nirgendwo bestritten.

[2]) Motvie zum ZVG.

[3]) S. auch R.G.E. Bd. 127/275; 129/159.

[4]) Herrsch. Meinung. Siehe insb. Planck, Komm. BGB. Bd. III § 1098 Erl. 2 a, h, i; Staudinger, a.a.O., R.Gr.R. Komm. § 1097 n. 4; Reinhardt, Komm. ZVG. § 92 Erl. VI 2, Jaeckel-Güthe, § 92 Erl. II 23, Brand-Baur, a.a.O., p. 263.

diese Bestimmungen als Ausnahmevorschriften im öffentlichen Interesse geschaffen worden sind.

Nur die Aufl.V., die nach der herrsch. Lehre kein dingliches Recht ist, wenngleich ihre Wirkungen einem dinglichen Recht ähnlich sind, soll dem Ersteher das durch rechtskräftigen Zuschlag erworbene Grundstück wieder entreißen können. Daß sich die herrsch. Lehre bei dieser Folgerung auf die nur für begrenzte dingliche Rechte gedachte Vorschrift des § 883 Z. II letzter Satz BGB. beruft, ist eine Konsequenz aus der Auffassung, die Aufl.V. sei kein Gegenrecht, sondern dem § 48 ZVG. zu unterstellen [1]).

An dieser Stelle sei nochmals festgestellt, daß Verf. unter der bis jetzt behandelten Aufl.V. eine Vormerkung versteht, die dem Range des betreibenden Gläubigers vorgeht. Dies wird immer der Fall sein, wenn der betreibende Gläubiger nur einen persönlichen Anspruch hat. Die Kraft sich einer Zwangsversteigerung entgegenzustellen, schöpft die Aufl.V. aus der Vorschrift des § 883 Z. II BGB. in Verbindung mit den Vorwirkungen des zukünftigen Eigentums. Danach ist eine Verfügung, die nach der Eintragung der Aufl.V. erfolgt, dieser gegenüber unwirksam, soweit sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen sollte. Eine Verfügung, die dagegen vor ihrer Eintragung getroffen wurde, wird durch die Aufl.V. nicht berührt. Betreibt also ein Gläubiger, der vor dem Vormerkungsgläubiger eingetragen ist, die Zwangsversteigerung, so kann die Aufl.V. das Versteigerungsverfahren nicht aufhalten [2]).

Das Vollstreckungsgericht (Amtsgericht) wird einem Antrage eines solchen Vormerkungsgläubigers auf vorläufige Einstellung nicht stattgeben, da es ja aus der ihm vom Grundbuchamte übergebenen Abschrift des Grundbuchblattes (das Grundbuchamt hat diesem Ersuchen gem. § 19 Z. II ZVG. stattzugeben) feststellen kann, daß der Vormerkungsgläubiger hinter dem betreibenden Gläubiger eingetragen ist. Der Auflassungsanspruch muß dann mit dem Zuschlage erlöschen, an seine Stelle tritt der Versteigerungserlös, der sich in soweit schmälert, als andere Gläubiger vor der Aufl.V. eingetragen sind.

Wenn die Vertreter der herrsch. Lehre die nur für dingliche Grundstücksbelastungen im ZVG. vorgesehenen Bestimmungen (§§ 10, 11, 45, 48 ZVG.) auf die Aufl.V. anwenden, so könnte dies nur im Wege

[1]) S. Reinhardt, Komm. ZVG. § 48 Erl. IV 2.

[2]) Reinhardt vertrat noch in seinem Aufsatze (Gruch.Beitr. 62/338 unten) die Ansicht, daß es grundsätzlich gleichgültig sei, ob das Recht des betreibenden Gläubigers der Aufl.V. vor oder nach gehe. Damit würde aber einer neueren Entscheidung eines O.L.G. Recht zu geben sein, wonach die Gefahr bestände, daß jede Zwangsversteigerung unmöglich gemacht würde, wenn der Eigentümer für den Fall der Versteigerung einem Dritten eine Aufl.V. einräumte. Diese Ansicht hat Reinhardt inzwischen revidiert. Jetzt wie der Text Komm. § 48 Erl. IV 2 und § 37 Erl. VI 5c.

der Analogie geschehen, da die Aufl.V. keine dingliche Grundstücksbelastung ist. Eine analoge Anwendung des Gesetzes auf einen bestimmten Fall ist aber nur dann zulässig, wenn eine sonstige angemessene Regelung im Gesetze nicht zu finden ist. Das trifft aber auf das ZVG. keineswegs zu, das für zwei Gruppen von Rechten Bestimmungen getroffen hat:

1. Rechte mit dem Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke (§ 10 ZVG.),
2. Rechte, die der Zwangsversteigerung entgegenstehen. (§§ 28, 37 Z. V ZVG.).

Die Einzwängung der Aufl.V. unter die erste Gruppe widerstrebt nicht nur dem Rechtsempfinden, sondern bringt auch schwer lösbare Schwierigkeiten mit sich, die zu einem unbilligen Ergebnisse führen. Alle diese Schwierigkeiten werden beseitigt, wenn man die Aufl.V. der zweiten Gruppe unterstellt und als Gegenrecht im Sinne des § 37 Z. V ZVG. ansieht. (Daß die Aufl.V. nicht dem § 28 ZVG. zu unterstellen ist, wird unten auszuführen sein).

Der der Aufl.V. zu Grunde liegende obligatorische Anspruch kann ohne die Sicherung dieses Buchvermerkes nur die schwachen schuldrechtlichen Wirkungen gegen den Vertragskontrahenten zum Entstehen bringen. Gegen Dritte, die seinen Anspruch — sei es auch mit Hilfe des Schuldners — vereiteln, hat der Berechtigte keinerlei Ansprüche [1]). Ist sein Anspruch aber durch die Vormerkung gesichert, so wird er in gewisser Weise verdinglicht [2]). Verfügungen, auch die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen, braucht er gem. § 883 Abs. II BGB. nicht mehr zu dulden. Belastungen, die sein späteres Eigentum betreffen, kann er über § 888 Abs. I BGB. zur Löschung bringen. Eine Eigentumsübertragung an einen Dritten ist für ihn wegen der Wirkung derselben rechtlichen Vorschrift bedeutungslos. Hier zeigt die Aufl.V. ihr wahres Gesicht, sie ist ein Recht, das allen nachfolgenden Rechten entgegensteht. Da der Inhaber eines solchen nachstehenden Rechtes in Wirklichkeit garnichts erwirbt, kann er aus diesem Scheinrecht auch keine Leistung verlangen, insbesondere nicht im Wege der Zwangsversteigerung des Grundstückes Befriedigung suchen und das gesicherte zukünftige Eigentum dem Berechtigten entreißen. Bei jeder anderen Vormerkung ist dies bedeutungslos, da sie nur einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke sichert, dieser Anspruch aber durch die positiven Vorschriften des ZVG. (§§ 10, 11, 48 ZVG.) im Versteigerungsverfahren voll und ganz berücksichtigt wird.

---

[1]) Ausnahmsweise nur im Falle des § 826 BGB.

[2]) Ebenso R.G.R.Komm.; Reinhardt, a.a.O., p. 329.

a) Wenn man der Aufl.V. die Natur eines Gegenrechtes zuspricht, so ist die Frage zu prüfen, wie der Berechtigte im Zwangsversteigerungsverfahren sein Gegenrecht geltend machen muß, um die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens herbeizuführen.

Der einfachste Weg ist der, daß der Vormerkungsberechtigte (gem. § 9 ZVG. ist er Beteiligter in diesem Verfahren) den betreibenden Gläubiger unter Hinweis auf seine Aufl.V. auffordert, den Versteigerungsgegenstand, d. h. das beschlagnahmte Grundstück freizugeben. Willigt der Gläubiger ein [1]), so hat das Vollstreckungsgericht das Verfahren durch einen der sofortigen Beschwerde unterliegenden Beschluß aufzuheben. (§§ 29, 30 ZVG.) Dieser Beschluß ist dem Schuldner, dem Gläubiger und dem Vormerkungsgläubiger gem. § 32 ZVG. zuzustellen und zwar vor Erlaß des Zuschlages. (Die Zustellung unterliegt den Sondervorschriften der §§ 3—7 ZVG.) Damit wäre die Tätigkeit des Versteigerungsgerichtes beendet. Hat neben dem ersten betreibenden Gläubiger noch ein zweiter den Zwangsversteigerungsantrag gestellt, und ist dieser dann gem. § 27 Z. 1 ZVG. durch einfache Anordnung zum Verfahren zugelassen worden, so wird durch die erfolgte Aufhebung das Verfahren nicht berührt [2]). Es läuft vielmehr für den zweiten beigetretenen Gläubiger weiter. Geht dieser Gläubiger dem Vormerkungsgläubiger nach, so muß letzterer wie im ersten Falle die Aufhebung des Verfahrens herbeiführen, geht er dagegen dem Vormerkungsgläubiger vor, so hat dessen Aufl.V. nicht die hemmende Wirkung. Es bleibt dem Zweitgläubiger überlassen, die Rücknahme bis zum Schlusse der Versteigerung zu erklären. Sie führt aber nur zur Versagung des Zuschlages (§ 33 ZVG.) und hat die Wirkung, daß das höchste Gebot bestehen bleibt [3]).

Lehnt der Gläubiger dagegen die Freigabe ab, so bleibt dem Vormerkungsgläubiger nur der Weg der Klage gegen den betreibenden Gläubiger. Um aber das Zwangsversteigerungsverfahren schon während dieses Prozesses zur vorläufigen Einstellung zu bringen, bestehen zwei Möglichkeiten.

b) Der Vormerkungsgläubiger beantragt bei dem Prozeßgericht (in der Regel das übergeordnete Landgericht), daß die Zwangsversteigerung bis zum Erlaß des Urteils eingestellt wird [4]). Damit hat der Vormerkungsgläubiger die Möglichkeit, schon vor Klageerhebung und ohne das Versteigerungsgericht zu benachrichtigen, den Einstellungs-

---

[1]) Praktisch wird dieser Fall wohl selten sein, schon allein aus dem Grunde. daß der betreibende Gläubiger der Aufl.V. nicht ansehen kann, ob sie zu Recht besteht oder nicht.

[2]) Ebenso Reinhardt, Komm. ZVG. § 29 Erl. 6; Jaeckel-Güthe, § 29 Erl. 5; Brand-Baur, a.a.O., p. 59; R.G.E. Bd. 125/24; J.W. 1920/149.

[3]) So richtig R.G.E. Bd. 86 Seite 426. Siehe insbesondere über die hier herrsch. Streitfragen Stillschweig in J.W. 1918/500.

[4]) Ebenso Sydow-Busch, a.a.O., § 769 Erl. 1a und die dort Zitierten.

beschluß dann zu bewirken, wenn er sein Recht glaubhaft macht [1]). Dieser Glaubhaftmachung wäre vollends Genüge getan, wenn der Vormerkungsgläubiger dem Prozeßgerichte mit seinem Antrage eine beglaubigte auszugsweise Abschrift aus dem Grundbuche beifügte, aus dem die Aufl.V. und die Stelle ihrer Eintragung ersichtlich wäre. (§ 19 Z. II GrBO. § 33 AV. § 57 PrFG.) Diesen Beschluß hat der Vormerkungsgläubiger gem. § 775 Z. II ZPO. dem Vollstreckungsgericht vorzulegen, letzteres hat dann eine entsprechende Entscheidung zu erlassen. Eine bestimmte Form ist für die Entscheidung des Vollstreckungsgerichtes nicht vorgeschrieben, es genügt ein nach außen erkennbar in Erscheinung tretender Wille, dem Beschluß des Prozeßgerichtes stattzugeben. Dagegen reicht eine bloß konkludente Handlung des Versteigerungsrichters nicht aus [2]) Dieser Fall läge z. B. dann vor, wenn der Versteigerungsrichter ohne weitere Anordnung das Verfahren dadurch zum Stillstand brächte, daß er keinen Versteigerungstermin ansetzte [3]).

Daneben kann aber das Versteigerungsgericht in dringenden Fällen auf Ersuchen des Vormerkungsgläubigers die einstweilige Einstellung gem. § 769 Z. II ZPO. anordnen. Diese Dringlichkeit läge dann vor, wenn der Antragsteller bis zum Versteigerungstermine einen die einstweilige Einstellung anordnenden Beschluß des Prozeßgerichtes nicht beizubringen vermag. Der einstweilige Einstellungsbeschluß, für den § 32 ZVG. ebenfalls gilt, muß gleichzeitig eine Frist enthalten, innerhalb derselben die Entscheidung des Prozeßgerichtes beizubringen ist [4]).

Das Gesetz hat in § 33 ZVG. dem Versteigerungsrichter eine Handhabe gegeben, auch noch nach Schluß der Versteigerung (§ 73 ZVG.) durch Versagung des Zuschlages das Verfahren aufzuheben. Sollte z. B. der Versteigerungsrichter dem Antrage des Vormerkungsgläubigers auf einstweilige Einstellung gem. § 769 Z. II ZPO. aus irgend welchen Gründen nicht stattgegeben haben, sich später aber davon überzeugt haben, daß dem Antrage stattzugeben war, so muß er, um die Aufhebung zu erreichen, den Zuschlag versagen [5]).

---

[1]) Ich möchte Brand-Baur (a.a.O., p. 51) darin beipflichten, daß in einem solchen Falle der Versteigerungsrichter sich nicht darauf berufen kann, die Aufl.V. bedürfe der Anmeldung im Zwangsversteigerungsverfahren. Da dieselbe nicht erfolgt sei, lehne er die Einstellung trotz Anweisung durch das Prozeßgericht ab.

[2]) Herrsch. Lehre, s. insbesondere R.G.E. 70/402; Warn.Erg.Bd. 4/154; Seuff.Arch. Bd. 82 Nr. 190; desgl. Brand-Baur, a.a.O., p. 75.

[3]) Nach Reinhardt, Komm. ZVG. § 37 Erl. VI 3a soll die konkludente Handlung des Versteigerungsrichters genügen.

[4]) S. O.L.G. Bd. 25 Seite 250.

[5]) Der Versteigerungsrichter könnte jetzt eine andere Entscheidung treffen, da er nach § 79 ZVG. nicht an seine erste Entscheidung gebunden ist.

§ IV.

Hat der Vormerkungsgläubiger bei dem Vollstreckungsgerichte die einstweilige Einstellung des Versteigerungsverfahrens erwirkt, so muß er im Wege der Klage innerhalb der ihm gesetzten Frist gegen den betreibenden Gläubiger vorgehen und gem. § 771 ZPO. auf Feststellung der Unzulässigkeit der Vollstreckung klagen.

Auf die schwierige Lehre dieser Widerspruchsklage, insbesondere der Frage, ob neben dieser Klage noch andere Klagen materiellen Inhalts zulässig sind und auf die Auslegung der Worte: „ein die Veräußerung hinderndes Recht", soll nur soweit eingegangen werden, als zum Verständnis der hier zu prüfenden Frage, ob der § 771 ZPO. überhaupt Anwendung finden kann oder nicht, erforderlich erscheint.

Das Wesen der Widerspruchsklage ist stark bestritten. Die ältere Literatur vertrat den Standpunkt, daß das „Recht" des § 771 ZPO. ein ausschließlich dingliches Recht sei, und die Klage eine negative Feststellungsklage darstelle (privatrechtliche Theorie). M. E. dürfte die Widerspruchsklage eine negative Feststellungsklage aber rein prozessualer Natur sein, die auf Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung gerichtet ist.

Wenn die Voraussetzungen für die Widerspruchsklage gem. § 771 ZPO. gegeben sind, ist weder für eine negative Feststellungsklage, noch für eine positive Feststellungsklage gem. § 256 ZPO. Raum.

Eine positive Feststellungsklage in Bezug auf den Staatsakt der Pfändung setzt ein geeignetes Rechtsverhältnis voraus, das hier fehlt [1]). Für eine Feststellungsklage in Bezug auf das Recht des Dritten oder das Nichtrecht des Schuldners fehlt das Interesse.

Das Interesse des Klägers geht im Falle des § 771 ZPO. dahin, das Zwangsvollstreckungsverfahren zur Einstellung zu bringen. Dieses rein prozessuale Interesse deckt sich aber nicht mit dem rechtlichen Interesse, welches der Feststellungsklage des § 256 ZPO. zu Grunde liegt. Hinter diesem Interesse steht immer ein durch die Rechtsnorm anerkanntes und geschütztes Recht [2]).

Ebensowenig wie der Kläger durch das Feststellungsurteil einen vollstreckbaren Titel erhält, ist er in der Lage, die Zwangsvollstreckung mit Hilfe dieses Urteils zur Einstellung zu bringen [3]).

Eine andere Klage materiellen Inhalts neben § 771 ZPO. ist unzulässig, da die Zulassung dieser Klage gegen die in § 802 ZPO. normierte ausschließliche Zuständigkeit verstoßen würde.

---

[1]) Siehe Stein-Jonas, Bd. 1 S. 672, n. 28.

[2]) Siehe Du Chesne, Gruch.Beitr. Bd. 51/514 und R.G.E. 25 A 5.

[3]) Siehe R.G.E. Bd. 54/308; Stein-Jonas, Komm. z. ZPO. § 256 Erl. III, 3 und O.L.G. Bd. 16/325.

Mit Recht führt das Reichsgericht (Bd. 67/312) aus, daß das Recht des Klägers, solange die Zwangsvollstreckung noch schwebe, gegenüber dem Pfandgläubiger nur in der prozessualen Form des § 771 ZPO. geltend zu machen sei. Denn diese zwingenden rechtlichen Vorschriften würden nach dem Belieben des Klägers in ihrer Wirkung beseitigt werden können, wenn man ihm neben der Klage aus § 771 ZPO. noch eine andere lediglich materiellrechtliche Klage geben wollte.

In diesem Urteil handelte es sich darum, daß der Widerspruchsberechtigte gleichzeitig der Eigentümer der gepfändeten Sache war. Trotzdem soll dem Kläger die Geltendmachung einer anderen Klage verwehrt bleiben, da — wie die Entscheidung mit Recht ausführt — die zwingenden rechtlichen Vorschriften des § 771 ZPO. nach dem Belieben des Klägers beseitigt werden könnten, wenn man ihm neben dieser Widerspruchsklage noch eine andere Klage einräumen wollte. Diese vom Reichsgericht aufgestellten Sätze müssen m. E. erst recht Geltung haben, wenn es sich bei dem Anspruch des Widerspruchsberechtigten nur um ein obligatorisches Recht auf Herausgabe einer nicht zum Vermögen des Schuldners gehörigen Sache handelt, und dem Berechtigten andere Klagen materiellen Inhalts gegen den Pfandgläubiger nicht zustehen [1]).

Geht man davon aus, daß bei jeder Zwangsversteigerung, die den Tatbestand des § 771 ZPO. erfüllt, ein Uebergriff des staatlichen Vollstreckungsaktes vorliegt, dann ist das Ziel dieser Klage lediglich eine Entscheidung über die Zulässigkeit des Vollstreckungsaktes, d. h. darüber, ob der von der Vollstreckung betroffene Gegenstand zu dem nach dem Titel der Vollstreckung unterworfenen Vermögen gehört. Dann kann das Recht des Dritten ebensowohl ein dingliches wie ein obligatorisches Recht sein. Wenn nach herrsch. Lehre und Praxis [2]) das obligatorische Rechtsverhältnis der Leihe, des Auftrages, der Verpachtung, der Miete und der Verpfändung stark genug ist, um den durch eine Vollstreckung geschaffenen Verstrickungszustand zu beseitigen, so muß auch der durch die Auf.V. mit gewissen dinglich-ähnlichen Wirkungen ausgestattete Uebereignungsanspruch ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO. darstellen.

Daß die Widerspruchsklage als eine selbständige prozeßrechtliche Klage angesprochen wird, die das Ziel hat, lediglich eine Entscheidung über die Zulässigkeit des Vollstreckungsaktes herbeizuführen und das Recht des Dritten — gleichgültig ob dinglicher oder obligatorischer

---

[1]) Ueber die Zulässigkeit einer negativen Feststellungsklage an Stelle der Widerspruchsklage im Falle der Individualvollstreckung gem. § 883 ZPO. siehe R. Schultz, J.W. 1926/1034.

[2]) Siehe R.G.E. Bd. 79/121; Stein-Jonas, Komm. z. ZPO. / 771 Ziff. II 1c und die dort Zitierten.

Natur — nur für die Frage der Aktivlegitimation eine Rolle spielt, wird heute von Wissenschaft und Praxis angenommen [1]). Wird das Recht des Widersprechenden durch die Zwangsversteigerung in seiner Verwirklichung beeinträchtigt, und ist dieser Eingriff in die Rechtssphäre des Berechtigten nach dem materiellen Inhalte des Rechtes unwirksam, dann hat dieser einen prozessualen Rechtsanspruch, dessen Verwirklichung ihm der § 771 ZPO. gestattet [2]).

Es ist also vom Prozeßgericht regelmäßig zu prüfen, ob der dinglich Berechtigte, der die Zwangsversteigerung betreibt, nach materiellem Rechte mit einer Vernichtbarkeit seines Anspruches durch die Aufl.V. zu rechnen hat, oder nicht. Ob es sich dabei um einen durch Widerspruch geschützten nichteingetragenen Eigentümer oder um einen durch die Aufl.V. geschützten zukünftigen Eigentümer handelt, ist m. E. belanglos, denn beider Ansprüche stellen in der Zwangsversteigerung gem. § 37 Z. V ZVG. ein Gegenrecht dar.

Hat der Vormerkungsgläubiger in diesem Prozesse gegen den betreibenden Gläubiger ein obsiegendes Urteil erstritten, so muß er die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils dem Versteigerungsgericht vorlegen, worauf dieses gem. § 775 ZPO. das Versteigerungsverfahren einzustellen hat. Für eine Versagung des Zuschlages gem. § 33 ZVG. ist nun kein Raum mehr, da dadurch nur eine Hemmung der Zwangsversteigerung eintritt, die zur Folge hat, daß die abgegebenen Gebote nicht erlöschen. (§ 72 Z. III ZVG.) Mit der Aufforderung an das Grundbuchamt, den Versteigerungsvermerk zu löschen, (§ 34 ZVG.) ist die Tätigkeit des Versteigerungsgerichtes erledigt.

Hat der Vormerkungsgläubiger dagegen weder die Aufhebung noch die einstweilige Einstellung erwirkt, so erlischt nach § 37 Z. V ZVG. sein Gegenrecht durch den Zuschlag. Der Vormerkungsgläubiger hat jetzt noch die Möglichkeit, im Wege der Beschwerde die rechtskräftige Aufhebung zu erwirken. Dieser Beschwerde — sie ist zwei Wochen nach Verkündung des Zuschlagsbeschlusses bzw. nach Zustellung des Beschlusses einzulegen (§ 89 ZVG.) — sind aber durch § 100 ZVG. sehr enge Grenzen gezogen. Der Beschwerdeführer kann sich nämlich nur darauf berufen, daß dem Versteigerungsverfahren sein Gegenrecht gem. § 83 Z. V ZVG. entgegenstand, und daß er schon Versuche unternommen habe, die Zwangsversteigerung zu unterbrechen, sei es durch einen Einstellungsbeschluß des Prozeßgerichts nach § 769 Z. I ZPO., oder des Vollstreckungsgerichtes gem. § 769 Z. II ZPO. Hat er dagegen nichts unternommen, um die Aufhebung herbeizuführen, so ist ihm der Rechtsbehelf der Beschwerde zu versagen (dieselbe wird

---

[1]) Siehe auch Stein-Jonas, a.a.O., § 771 und die dort Zitierten.

[2]) Ebenso wie im Text: Reinhardt, Komm. ZVG. § 9 Erl. IV 1.

als unzulässig verworfen), sodaß der Zuschlag seine Aufl.V. vernichtet. Diese Folgerung ist dem §§ 37 Z. V 92 Z. I ZVG. zu entnehmen.

Die erloschene Aufl.V. ist wie alle anderen erloschenen Rechte im Zuschlagsbeschluß mitaufzuführen, da sich aus dem Zuschlagsbeschluß das Recht des neuen Erstehers ergibt. Führt der Versteigerungsrichter die Aufl.V. als erloschenes Recht nicht mit an, so kann m. E. eine Schadensersatzpflicht daraus nicht hergeleitet werden, da das Recht der Aufl.V. schon auf Grund der gesetzlichen Versteigerungsbedingungen erlischt, und die Aufnahme im Zuschlagsbeschlusse nur rein formalen Charakter haben kann. Die betreffende Vorschrift ist der § 52 Z. II ZVG., der besagt, daß alle Rechte erlöschen, die nicht mit in das geringste Gebot aufgenommen worden sind [1]). Gedacht ist hier in erster Linie an das Recht des betreibenden Gläubigers und der hinter ihm Rangierenden [2]). Weiter gehören dazu die Gegenrechte des § 37 Z. V ZVG. — also auch die Aufl.V. — die ja keine Aufnahme in das geringste Gebot finden. Die Vorschrift des § 91 Z. I ZVG. ist m. E. überflüssig, da nach der positiven Vorschrift des § 52 Z. I ZVG., die den Deckungsgrundsatz unseres Zwangsversteigerungsverfahrens normiert, eindeutig festgelegt ist, welche Rechte bestehen, welche erlöschen sollen.

Ist das Recht des Vormerkungsgläubigers durch den Zuschlag erloschen, so hat er zwar seine gesicherte Position auf Auflassung verloren, das Gesetz billigt ihm aber einen Ersatz für den Verlust dieser Position zu. § 37 Z. V ZVG. sagt nämlich: ...„widrigenfalls für das Recht der Versteigerungserlös an die Stelle des versteigerten Gegenstandes treten würde“ [3]).

Bei der Frage, welche Schritte der Vormerkungsgläubiger unternehmen muß, damit er diesen vorgeschriebenen Ersatzwert erhält, sind zwei Fälle scharf zu unterscheiden:

1. es ist streitig oder ungewiß, ob die erloschene Aufl.V. unbedingt erfüllungsreif und einwandfrei gewesen ist,

---

[1]) Wegen der wenigen Ausnahmen, die hier nicht weiter interessieren, s. Brand-Baur, a.a.O., p. 158 ff.

[2]). Herrsch. Meinung.

[3]) Jaeckel-Güthe, § 37 Erl. V will auch für diesen Fall den § 92 ZVG. angewandt wissen. M. E. mit Unrecht, denn die beiden Vorschriften gehen in Voraussetzungen und Wirkungen diametral auseinander. § 37 Z. V ZVG. regelt die Ersatzpflicht für erloschene Gegenrechte in der Zwangsversteigerung, § 92 regelt die Ersatzpflicht für alle anderen erloschenen Rechte, die nicht im geringen Gebot enthalten waren, und durch den Zuschlag erloschen sind.

2. die erloschene Aufl.V. war unbedingt, erfüllungsreif und einwandfrei.

Bestehen Bedenken, ob die Aufl.V. zu Recht bestanden hat, dann hat der Vormerkungsgläubiger nicht das Recht, die anderen Beteiligten von der Verteilung des Erlöses auszuschließen. Er muß vielmehr im Wege der Feststellungsklage die Richtigkeit seines Anspruches nachweisen. Bis zur endgültigen Feststellung im Prozesse wird sein Ersatzrecht wie ein aufschiebend bedingtes Recht behandelt, d. h. gem. §§ 119, 120 ZVG. muß der Versteigerungserlös, soweit er in bar vorhanden ist, hinterlegt werden [1]), womit die Tätigkeit des Vollstreckungsgerichtes beendet ist [2]). Ist der Versteigerungserlös nicht in bar vorhanden, so wird die Forderung gegen den Ersteher dem Erst- und dem Eventualberechtigten unter Einflechtung der entsprechenden Bedingung übertragen [3]).

War dagegen die Aufl.V. einwandfrei, bedingungslos und erfüllungsreif, so fährt der Vormerkungsgläubiger, wie Brand-Baur [4]) beizupflichten ist, gut dabei, wenn er seinen Anspruch gem. § 114 ZVG. anmeldet, damit er im Verteilungsverfahren berücksichtigt werden kann [5]). Das Versteigerungsgericht wird in den meisten Fällen die Sollvorschrift des § 106 ZVG. befolgen, um sich die Arbeit zu erleichtern, und die Beteiligten auffordern, die Höhe ihrer Ansprüche anzugeben. Im Verteilungstermin ist dann in Gegenwart der Beteiligten der endgültige Plan aufzustellen (§§ 107, 113 ZVG.). Sollte einer der Beteiligten nach § 115 ZVG. Widerspruch erheben — die Möglichkeit ist dafür leicht gegeben, da der Vormerkungsgläubiger kraft des Surrogationsprinzips alle hinter ihm Stehenden ausschließt — so hat der Versteigerungsrichter gem. § 124 ZVG. zu verfahren. Umgekehrt hat der Vormerkungsgläubiger ebenfalls ein Widerspruchsrecht, wenn er im Verteilungsplan keine oder keine genügende Berücksichtigung gefunden hat [6]).

[1]) Die Voraussetzungen der Auszahlung sind geregelt in den §§ 13, 14, Z. 1 Hinterlegungsordnung v. 21. April 1913.

[2]) Herrsch. Meinung, s. insb. die Entscheidung des Sächs.O.L.G. Bd. 26/250.

[3]) Für die Eintragung der Sicherungshypothek (§ 128 ZVG.) gilt das Entsprechende.

[4]) Brand-Baur, a.a.O., p. 331.

[5]) Durch Nichtanmeldung verliert er zwar nicht seine Ansprüche, da § 110 ZVG. auf ihn keine Anwendung findet. Er läuft aber Gefahr, nach der Verteilung des Erlöses, trotz seines obsiegenden Urteils bei den schon aus dem Erlöse der Zwangsversteigerung befriedigten Gläubigern vergebens zu vollstrecken. Ein Rückgriff auf den hinterlegten Verteilungserlös ist nicht möglich, weil eine Hinterlegung im Verteilungsverfahren nur bei Widerspruch eines Beteiligten erfolgt.

[6]) Ueber alle den Widerspruch betr. Fragen siehe die ausführlichen Darlegungen bei Reinhardt, Komm. ZVG. § 115; Jaeckel-Güthe, § 115; Brand-Baur a.a.O., p. 362.

Unterläßt der Vormerkungsgläubiger dagegen die Geltendmachung seines Anspruches im Verteilungstermin, sodaß unter Nichtberücksichtigung seiner Ansprüche die Verteilung des Versteigerungserlöses an die anderen Beteiligten erfolgt, so hat er noch immer die Möglichkeit, im Wege der Bereicherungsklage sein Recht zu verfolgen [1]). Denn daß mit dem Unterlassen der Anmeldung nicht auch ein Rechtsverlust im materiellen Sinne verbunden ist, mit anderen Worten, daß der § 110 ZVG. sich nicht auf § 37 Z. V ZVG. bezieht, wird einhellig angenommen [2]). Wird der Versteigerungserlös an die Realberechtigten verteilt, ohne daß der Vormerkungsgläubiger befriedigt wird, so liegt der Tatbestand des § 812 BGB. vor. Die an letzter Stelle stehenden Befriedigten haben durch die Auszahlung seitens des Versteigerungsgerichtes etwas erlangt, was dem Vormerkungsgläubiger zustand, und worauf sie keinen rechtlichen Anspruch hatten. Diese zuletzt Rangierenden wären im Falle der Auszahlung des ihm gebührenden Teiles des Versteigerungserlöses an den Vormerkungsgläubiger leer ausgegangen. Da sie gegen den Vormerkungsgläubiger keinen rechtlichen Anspruch hatten, das formelle Verteilungsverfahren ebenfalls keine sachliche Berechtigung schaffen konnte, sind sie rechtlos bereichert. [3]).

Die Klage muß sich gegen alle diejenigen Beteiligten richten, deren Recht dem Vormerkungsgläubiger gegenüber nach § 883 Abs. II BGB. unwirksam war und deshalb — falls der Vormerkungsgläubiger durch Anmeldung seinen Anspruch auf den Erlös geltend gemacht hätte — von der Verteilung ausgeschlossen wären [4]). Prozessual wird es sich, da auf der Seite der Beklagten in der Regel mehrere Schuldner vorhanden sein werden, um eine subjektive Klagehäufung gem. § 59 ZPO. handeln, wobei es dem Kläger überlassen bleibt, ob und welche Schuldner er mit dem ihnen grundlos zugefallenen Betrag in Anspruch nehmen will [5]). Er muß aber immer damit rechnen, (wie schon auf S. 29, N. 5 ausgeführt), daß trotz des rechtskräftigen Titels die Verwirklichung desselben problematisch bleibt.

---

[1]) So richtig R.G.E. Bd. 76/213.

[2]) Reinhardt-Müller, Komm. ZVG. § 37 Erl. VI 6; Jaeckel-Güthe, Komm. ZVG. § 110 Erl. 3; Brand-Baur, a.a.O., p. 337.

[3]) So richtig Reinhardt im Z.Bl.F.G. Bd. 3 Seite 418; auch R.G.E. Bd. 76/213, welche aber die falsche Schlußfolgerung zieht, daß nach Erlöschen des Eigentums gem. § 55 Z. III ZVG. § 92 ZVG. Anwendung finden müßte. Andere Meinung: Schulz, Arch.f.Ziv.Praxis Bd. 105/417 (bezüglich von Zubehörstücken).

[4]) Andere Meinung: Jaeckel-Güthe, Komm. ZVG. §§ 37, 38 Erl. 15, der den letzten zur Hebung gelangten Beteiligten haften lassen will.

[5]) Stein-Jonas, Komm. ZPO. § 59 und die dort Zitierten.

§ 5.

Die Nichtanwendbarkeit des § 28 ZVG. und des § 772 ZPO. auf die Aufl.V.

Wenn man die Aufl.V. als Gegenrecht ansieht, und dem § 37 Z. V ZVG. unterstellt, so könnte die Frage auftauchen, ob die Aufl.V. nicht ein aus dem Grundbuche ersichtliches Recht sein, welches der Zwangsversteigerung entgegenstehe. (§ 28 ZVG.) Diese von Lippmann und Kretzschmar vertretene Auffassung ist dagegen m. E. abzulehnen. Dies ergibt sich aus dem akzessorischen Charakter der Aufl.V. in Bezug auf das zu Grunde liegende obligatorische Rechtsgeschäft [1]). Gemäß § 28 ZVG. hat der Versteigerungsrichter, falls sich ein aus dem Grundbuche ersichtliches Recht ergibt, das der Versteigerung entgegensteht, das Verfahren von Amts wegen einzustellen. Handelt er dieser Vorschrift zuwider, so läßt er sich einer Amtspflichtverletzung — mit den sich aus § 839 BGB., Art. 131 RV., ergebenden Folgen — zu schulden kommen. In den Fällen, in denen die Eintragung der Aufl.V. durch richterliche Anordnung oder durch Rechtsgeschäft erfolgt, wird der Grundbuchrichter nach dem unser Grundbuchrecht beherrschenden formellen Konsensprinzip die Eintragung dann vornehmen, wenn die Voraussetzungen des § 19 Gr.B.O. erfüllt sind. Ob der der Aufl.V. zu Grunde liegende obligatorische Vertrag, den das Gesetz unter bestimmte Formvorschriften gestellt hat (§§ 311, 313 BGB.) diesen Anforderungen genügt, bekümmert den Grundbuchrichter nicht. Aber die Nichtigkeit des obligatorischen Geschäftes führt die Unwirksamkeit der von diesem abhängigen Aufl.V. mit sich [2]). Bezüglich dieser Aufl.V., die gem. § 892 Z. I BGB. den guten Glauben des Dritterwerbs zerstört (bestr.), ist das Grundbuch falsch und gibt den Beteiligten die aus §§ 894, 899 BGB. resultierenden Rechte. Solange aber die Aufl.V. im latenten Zustande bleibt, d. h. der Vormerkungsgläubiger nicht im Wege des § 888 Z. I BGB. gegen den Dritterwerber vorgeht, wird sich bei bloßer Einsichtnahme in das Grundbuch die Nichtigkeit der Aufl.V. nicht erkennen lassen. Es kann und muß also jeder damit rechnen, daß die Aufl.V. wirkungslos bleibt, weil sie kraft ihrer akzessorischen Natur das Schicksal des ihr zu Grunde liegenden Kausalgeschäfte teilt. Aus dem Grundbuche ist also nicht er-

---

[1]) Siehe dazu Soergel, Komm. BGB. Bd. III § 883, weiter Meiser, Gruch.Beitr. Bd. 57/595 und O.L.G. Bd. 26/5.

[2]) Ebenso Staudinger, Komm. BGB. § 883 Erl. 2 A.

sichtlich, ob die Aufl.V. zu Recht besteht und deshalb im Versteigerungsverfahren diesem gem. § 28 ZVG. entgegensteht [1]).

Hier zeigt, im Gegensatz zur Aufl.V., ein eingetragenes richterliches Veräußerungsverbot stärkere Wirkungen. Denn aus der Eintragung vermag der Versteigerungsrichter unzweifelhaft zu erkennen, daß der Versteigerung ein Recht entgegensteht, welches die Unwirksamkeit der im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgten Verfügungen nach sich zieht (§ 135 Z. I BGB.) Das eingetragene Veräußerungsverbot ist neben dem Eigentum der typische Fall für die Anwendbarkeit des § 28 ZVG. [2]). Ist das richterliche Veräußerungsverbot dagegen nicht eingetragen, so verbietet sich die Anwendbarkeit des § 28 ZVG. von selbst. Der Berechtigte hätte in diesem Falle das Veräußerungsverbot gem. § 37 Z. V ZVG. anzumelden, um das Verfahren zur Einstellung zu bringen [3]).

Ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht, welches aus dem Grundbuche ersichtlich ist und deshalb von Amts wegen zur Aufhebung führen muß, sehen L i p p m a n n und K r e t z s c h m a r (a. a. O.) in der Aufl.V. Ersterer begründet seine Ansicht damit, daß die Aufl.V. durch die Eintragung dingliche Wirksamkeit erhalte, und dadurch wie das Eigentum selbst der Zwangsversteigerung entgegenstände, daß sie weiter dieselben Funktionen ausübe wie ein Veräußerungsverbot und keine wesentlichen Unterschiede zwischen diesen beiden Instituten beständen. Da aber § 28 ZVG. unstreitig auf das eingetragene Veräußerungsverbot Anwendung fände, müsse dies auch für die Aufl.V. gelten. Derselben Ansicht ist auch Kretzschmar, der Widerspruch und Aufl.V. mit einem Veräußerungsverbot identifiziert und § 772 ZPO. angewendet wissen will.

Die Vertreter dieser Theorie übersehen aber ganz die akzessorische Natur der Aufl.V. zu ihrem Grundgeschäft. Deshalb läßt sich aus dem Buchvermerk als solchem nie erkennen, ob die Aufl.V. einwandfrei ist oder nicht [4]).

Die Aufl.V. ist nach dem Gesagten also nicht dem § 28 ZVG. zu unterstellen. Eine Anwendung dieser Vorschrift würde m. E. den Versteigerungsrichter regreßpflichtig machen, da die Einstellung der

---

[1]) Wie im Text: Reinhardt, Komm. ZVG. § 28 Erl. 3. Auch die herrsch. Meinung lehnt die Anwendbarkeit des § 28 ZVG. ab, diese aber aus dem Grunde, weil sie in der Aufl.V. kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 37 ZVG. erblickt. Für die Anwendbarkeit: Lippmann, Jh.Jahrb. 54/150; Kretzschmar in Recht 1903/592, JW. 1914/561.

[2]) Siehe herrsch. Meinung.

[3]) Ebenso Seuff.Arch. Bd. 82/190 und Leipz. Z. Bd. 30/132.

[4]) Auf den Inhalt des Grundbuches kann sich der Vormerkungsberechtigte nicht berufen, da die Rechtsvermutung des § 891 BGB. auf die Aufl.V. nach herrsch. Lehre nicht anwendbar ist. (So richtig Reinhardt § 28, Erl. 3).

Zwangsversteigerung für den betreibenden Gläubiger in jedem Falle einen Schaden bedeutet, da er seinen Anspruch nicht verwirklichen kann.

Auch die Anwendbarkeit des § 772 ZPO., wie Kretzschmar sie fordert, ist m. E. nicht zulässig, da diese Vorschrift nur für Veräußerungsverbote gilt, die Aufl.V. aber kein Veräußerungsverbot ist.

Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift, soll ein Gegenstand, für den ein Veräußerungsverbot nach §§ 135, 136 BGB. besteht, wegen eines persönlichen Anspruches nicht im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert werden. Bei einer Zuwiderhandlung hat der Berechtigte die Widerspruchsklage des § 771 ZPO.

Die Aufl.V. ist dieser Vorschrift nicht zu unterstellen. Man mag zugeben, daß sie starke Aehnlichkeiten mit einem Veräußerungsverbote hat, sie ist aber trotzdem nicht als ein solches anzusehen. Der Entstehungsgeschichte der Aufl.V. ist darüber folgendes zu entnehmen: „...Einverständnis bestand darüber, daß die Vormerkung dingliche Wirkung in der Art eines Veräußerungsverbotes haben müsse... in Wirklichkeit handle es sich kaum um etwas anderes als um ein qualifiziertes Veräußerungsverbot. Im einzelnen könne allerdings eine Reihe von Zweifeln und Schwierigkeiten entstehen, welche Wirkung der Vormerkung beizulegen sei“ [1]).

Diese Ausdrucksweise darf man noch hinnehmen, wenn damit auf die ähnlichen Wirkungen beider Institute hingewiesen werden soll. Darüber hinaus ist sie aber abzulehnen, denn die ohnehin schon nicht einfache Unterscheidung wird dadurch nur noch schwieriger [2]).

Aufl.V. und Veräußerungsverbot sind nicht identisch, dies ergibt sich schon aus der Fassung des § 888 Abs. II BGB., wo die Veräußerungsverbote den Vormerkungen gegenübergestellt sind. Weiter bedarf die Aufl.V. wie alle anderen Vormerkungen zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung, das Veräußerungsverbot kann aber auch ohne Eintragung Wirkungen zeitigen. (§ 135, 136 BGB.). Aus der Bestimmung des § 24 KO. ist zu ersehen, daß die eingetragene Vormerkung die Beschlagnahmewirkung im Konkurse überlebt, während ein Veräußerungsverbot, gleichgültig ob eingetragen oder nicht, ohne Einfluß auf denselben bleibt. (§ 13 KO.). Auch ein Zwangsvergleich im Konkurse ist gem. § 193 K.O. ohne Einfluß auf vorgemerkte Rechte. Die Bestimmungen des § 884 BGB., wonach sich der Erbe gegenüber der Vormerkung nicht auf seine Haftungsbeschränkung berufen kann, ist nur auf die Vormerkung anwendbar. Aus diesen Beispielen läßt sich wohl

---

1) S. Prot. III p. 112.

2) An dem Begriffe „qualifiziertes Veräußerungsverbot“ wird auch noch heute festgehalten. Siehe dazu: Planck, Komm. BGB. Bd. 3 § 883 Erl. II; Reichel a.a.O., p. 147 und Lippmann, Jh.Jahrb. Bd. 54/155.

schon ersehen, daß der Gesetzgeber diese beiden Institute mit verschiedenen rechtlichen Wirkungen ausstatten wollte, sodaß die Folgerung, Aufl.V. und Veräußerungsverbot seien identisch, m. E. nicht haltbar ist [1]).

Neben der gem. § 885 BGB. zur Entstehung gelangenden Aufl.V. kennt unser Gesetz die in den §§ 18, 76 GBO. vorgesehene Amtsvormerkung. Diese ist auf andere Voraussetzungen aufgebaut, und wird dann eingetragen, wenn vor Erledigung eines Antrages beim Grundbuchamte eine andere Eintragung beantragt wird, die dasselbe Recht betrifft. Sie will nicht einen obligatorischen Anspruch auf Eigentumserwerb sichern, sondern das aus dem dinglichen Rechtsakte sich ergebende Recht des Antragstellers auf Eintragung [2]). Nach herrschender Lehre sind die sachenrechtlichen Vorschriften mit Ausnahme des § 888 BGB. auf diese Vormerkung analog anwendbar. [3]).

Hat der Eigentümer z. B. mit einem Dritten einen Uebereignungsvertrag geschlossen, das Grundstück ordnungsgemäß aufgelassen und den Antrag auf Eintragung gestellt, so ist der Erwerber dadurch noch nicht zum Eigentümer geworden, da die gem. § 925 BGB. notwendige Eintragung fehlt. Entspricht das Grundbuchamt dem Antrage auf Eintragung nicht, da z. B. die Erklärung des Steueramtes, ,,es läge keine Steuerpflicht aus Anlaß der Uebereignung vor (§ 24 des Grunderwerbssteuergesetzes vom 12. Sept. 1919)", fehlt, so wird eine Aufl.V. von Amts wegen eingetragen. Diese Vormerkung verstärkt die an sich schon starke Rechtsposition des Erwerbers noch mehr.

Sollte bis zur endgültigen Eintragung das Grundstück noch zur Versteigerung gelangen, so gibt die Amtsvormerkung dem Berechtigten die Möglichkeit, das Verfahren gem. § 37 Z. V ZVG. zum Stillstand zu bringen [4]). Diese Kraft schöpft die Amtsvormerkung aus dem dinglichen Eigentumsrechte; mit Recht führt deshalb das R e i c h s g e r i c h t (Bd. 55/343) aus, daß dem gegenwärtigen Rechtszustande die Wirkungen des zukünftigen beigelegt werden sollen, wenn es von „dem sich aus dem dinglichen Akte ergebenden Rechte auf Eintragung" spricht.

---

[1]) Siehe auch Reinhardt, Komm. ZVG. § 37 Erl. VI 5d und Meiser, a.a.O., p. 506.

[2]) Wie der Text R.G.E. Bd. 55/343.

[3]) Siehe R.G.E. Bd. 62/375; Wolff in Sachenrecht § 883 Erl. II, weiter Oberneck, a.a.O., p. 268, desgl. Predari, a.a.O., § 18 Erl. 8 und Du Chesne in Leipz.Z. Bd. 5/511 der mit treffenden Argumenten ausführt, daß die Amtsvormerkung der prozessualen Ermächtigung in § 883 BGB. nicht bedarf.

[4]) Der Berechtigte wäre in diesem Falle auf den Weg des § 771 ZPO. zu verweisen. Du Chesne, Leipz.Z. 5/516 lehrt, daß § 24 K.O. auf die Amtsvormerkung Anwendung finden müsse (andere M.: K.G. in Z.Bl.F.G. 11/127) lehnt aber die Anwendung des § 37, Z. V ZVG. auf die Amtsvormerkung ab.

§ 6.

Aufl.V. und Zwangsversteigerung in besonderen Fällen.

Der dritte Abschnitt des ZVG. behandelt die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in besonderen Fällen, worunter die dem Reichstag vorgelegte Denkschrift jene Fälle verstand, „in denen reichsgesetzlich die Versteigerung oder die Verwaltung eines Vermögensgegenstandes im Wege des rechtlichen Zwanges zugelassen wird, ohne daß eine Zwangsvollstreckung in Frage steht“ [1]).

Während sich die bisherigen Ausführungen mit der Zwangsversteigerung im eigentlichen Sinne beschäftigen, worunter eine reine Vollstreckungsmaßnahme im Sinne des § 866 ZPO. zu verstehen ist, sind im folgenden die Fälle zu untersuchen, in denen die Zwangsversteigerung keine reine Vollstreckungsmaßnahme ist. Auch auf diese Zwangsversteigerung finden die Vorschriften des ersten und zweiten Abschnittes analoge Anwendung, soweit nicht im dritten Abschnitt abweichende Vorschriften enthalten sind.

Das Gesetz kennt drei solcher Fälle:

1. die Zwangsversteigerung auf Betreiben des Konkursverwalters,
2. auf Antrag eines Erben,
3. die Zwangsversteigerung auf Betreiben eines Berechtigten zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft.

Bei der Zwangsversteigerung auf Betreiben des Konkursverwalters gem. § 126 KO. handelt es sich um eine Zwangsversteigerung im uneigentlichen Sinne, da weder Gläubiger noch Schuldner sich gegenüberstehen [2]). Der Konkursverwalter vereinigt sowohl Schuldner wie Gläubiger in seiner Person [3]). Diese Versteigerung räumt dem Konkursverwalter die Möglichkeit ein, neben dem freihändigen Verkauf auch im Wege der Versteigerung eine Verwertung der Masse zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung herbeizuführen. Ist auf seinen Antrag durch Beschluß die Zwangsversteigerung angeordnet worden, so finden die allgemeinen Vorschriften des ZVG. nach Maßgabe des § 172 ZVG. Anwendung [4]) Unter diese allgemeinen Vorschriften fallen aber auch die §§ 9 und 37 ZVG. die durch §§ 173, 174 ZVG., keine Aenderung erfahren haben. Der Vormerkungsgläubiger ist in diesem

---

[1]) D. 69.

[2]) Siehe Brand-Baur, a.a.O., p. 502.

[3]) Herrsch. Lehre, s. R.G.E. 42/89.

[4]) Nur bei der Terminbestimmung muß § 37 Z. III ZVG. die Fassung haben, daß die Zwangsversteigerung auf Antrag des Konkursverwalters erfolgt.

Verfahren Beteiligter und hat sein Aufl.V. gem. § 37 Z. V ZVG., bei dem Versteigerungsgericht geltend zu machen, widrigenfalls der Erlös an die Stelle der durch den Zuschlag erloschenen Aufl.V. tritt. Wenn es sich bei dieser Zwangsversteigerung auch nicht um einen eigentlichen Akt der Zwangsvollstreckung handelt, so muß man dem Vormerkungsgläubiger doch das Recht einräumen, gem. §§ 769, 771 ZPO. vorzugehen.

Es sei zugegeben, daß diese Vorschriften nicht direkt anwendbar sind, da die Zwangsversteigerung auf Antrag des Konkursverwalters nach herrschender Lehre keine Zwangsvollstreckungsmaßnahme im eigentlichen Sinne darstellt, da kein vollstreckbarer Titel vorhanden ist.

Hier erhebt sich die Frage, ob nicht etwa der Konkurseröffnungsbeschluß eine Ersatzfunktion hat. Da der Konkurseröffnungsbeschluß gem. § 109 KO. mit der sofortigen Beschwerde angegriffen werden kann, stellt er nach § 794 Ziff. III ZPO. einen zur Vollstreckung geeigneten Titel dar. Der Konkursverwalter kann also auf Grund des Eröffnungsbeschlusses eine vollstreckbare Ausfertigung verlangen. Es liegt nun der Gedanke nahe, daß der Konkursverwalter mit seinem Antrage auf Zwangsversteigerung diesen mit einer vollstreckbaren Ausfertigung versehenen Konkurseröffnungsbeschluß dem Vollstreckungsgerichte gem. § 16 ZVG. einreicht. Die herrschende Lehre [1]) lehnt es aber ab, daß der Konkursverwalter die vollstreckbare Ausfertigung des Konkurseröffnungsbeschlusses einreichen muß. Es genügt vielmehr, wenn der Konkursverwalter neben dem Versteigerungsantrage, der das Grundstück und den Eigentümer bezeichnen muß, einen Ausweis über seine Konkursverwaltereigenschaften beifügt. Damit verneint die herrschende Lehre m. E. mit Recht die Ersatzfunktion des Konkurseröffnungsbeschlusses.

Ob es auch, wie Reinhardt und Brand-Baur ausführen, „an einer Forderung fehlt, der durch die Zwangsversteigerung zur Befriedigung verholfen werden soll“, erscheint zweifelhaft. Denn die Versteigerung durch den Konkursverwalter stellt eine Art der Verwertung der Masse dar, die zur Befriedigung aller persönlichen Gläubiger gem. § 3 KO. führen soll. Konkursgläubiger ist aber nur der, der zur Zeit der Konkurseröffnung einen begründeten Vermögensanspruch hat [2]). Der Antrag des Konkursverwalters wird also durch die Forderungen der Konkursgläubiger, deren Belange er kraft Gesetzes wahrzunehmen hat, bedingt. Diese Zwangsversteigerung weist in gewisser

[1]) So Reinhardt-Müller, Komm. z. ZVG. § 172, II 1; Jaeckel-Güthe, § 172 Erl. IV; Brand-Baur, a.a.O. S. 504; v. d. Pfordten, § 172 Erl. I 1; Wolff in Leipz.Z. 1911 S. 185; Jaeger, K.O. § 126 Erl. 6.

[2]) Siehe Mentzel, Komm. z. K.O. § 3 Erl. II.

Hinsicht doch eine Aehnlichkeit mit der im Wege der Zwangsvollstreckung herbeigeführten Zwangsversteigerung auf [1]).

Es wäre auch nicht angängig, sich darauf berufen zu wollen, daß § 172 ZVG., nur eine entsprechende Anwendung des ersten und zweiten Abschnittes des ZVG. gestatte, und deshalb jene Vorschriften keine Anwendung finden könnten, die das Verfahren zum Scheitern bringen müßten. Denn damit würde man dem Dritten die seinem Rechte entspringenden Befugnisse nehmen, auf der anderen Seite den Gläubiger im Konkurse besser stellen, als wenn er auf Grund eines persönlichen Titels die Zwangsversteigerung betreibt.

Das Gesagte gilt auch dann, wenn nicht der Konkursverwalter, sondern der Erbe nach der Erbschaft die Zwangsversteigerung beantragt, falls ein Nachlaßgläubiger einen dinglichen Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke besitzt (§ 175 ZVG.)

Handelt es sich dagegen um die Zwangsversteigerung eines Grundstückes zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft (§ 180 ZVG.) so ist zu unterscheiden, wer als Berechtigter für die Aufl.V. im Grundbuch eingetragen steht [2]). Gleichgültig für diese Frage ist dagegen, ob das Grundstück im Eigentum einer Bruchteilsgemeinschaft oder einer Gesamthandsgemeinschaft steht. Ist der Vormerkungsgläubiger weder Miteigentümer noch Gesamthänder, so ist er zwar Beteiligter gem. § 9 ZVG., aber weder Gläubiger noch Schuldner [3]), sondern Dritter im Sinne des § 771 ZPO. Er kann also sein Gegenrecht durch diese Widerspruchsklage geltend machen, und die vorläufige Einstellung über § 769 ZPO. herbeiführen.

In der Literatur ist bis jetzt der Fall, daß die Aufl.V. für den Miteigentümer oder Gesamthänder bestellt war, noch nicht berücksichtigt worden [4]). Daß auch diese Aufl.V., wenn sie nur unbedingt, erfüllungsreif und einwandfrei ist, ein Gegenrecht gem. § 37 ZVG. darstellt, bedarf nach der hier vertretenen Auffassung wohl keiner weiteren Darlegung.

---

[1]) So richtig R.G.E. Bd. 42/89.

[2]) Die Voraussetzungen für die Aufhebung sind in verschiedenen Vorschriften des BGB. geregelt: so §§ 730, 749, 1471, 1498, 1546, 2042.

[3]) Nach herrsch. Lehre ist der Beantragende Miteigentümer oder Gesamthänder Gläubiger, die Antragsgegner, also die anderen Miteigentümer, haben dagegen die Rolle des Schuldners.

[4]) Reinhardt-Müller, Komm. ZVG. § 181 Erl. III 2, Jaeckel-Güthe, § 181 ZVG. erwähnen nur den Fall, daß durch die Zwangsversteigerung der Anspruch des Käufers auf Uebertragung des Grundstückes vereitelt werden könnte. Sie billigen ihm eine einstweilige Verfügung gem. § 935 ZPO., um das Verfahren zum vorläufigen Stillstand zu bringen. Im übrigen verweisen sie ihn auf eine schuldrechtliche Erfüllungsklage.

Auch die für den Mit- und Gesamthandeigentümer eingetragene Aufl.V. sichert den obligatorischen Anspruch auf Erwerb des Grundstückes, indem sie das Leistungsunvermögen der Gemeinschaft verhindert. Im Falle der Zwangsversteigerung zum Zwecke der Auseinandersetzung ist der Gläubiger aber nicht in der Lage, die Aufhebung oder vorläufige Einstellung des Verfahrens durch einen Beschluß gem. § 769 ZPO. herbeizuführen, und dann durch die nachfolgende Widerspruchsklage das Verfahren endgültig zu beseitigen. Der Ausgangspunkt für § 771 ZPO. ist der, daß der Widersprechende in dem Vollstreckungsverfahren (hier handelt es sich zwar um eine analoge Anwendung desselben), Dritter ist. Dritter ist aber jeder, der nicht Vollstreckungsschuldner ist, und außerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens steht[1]). Der Vormerkungsgläubiger ist aber entweder Gläubiger oder Schuldner in diesem Verfahren und wird auf Grund seiner anteilsmäßigen oder gesamthänderischen Bindung an das gemeinschaftliche Eigentum mit in das Verfahren hineingezogen, ohne daß diese Beteiligung von seinem Willen abhängig wäre[2]). Wenn Reinhardt[3]) für den Fall, daß ein Teilhaber auf Grund vertraglicher oder gesetzlicher Bestimmungen ein Recht hat, die Aufhebung der Gemeinschaft im Wege der Zwangsversteigerung zu vereiteln, annimmt, dieses Recht sei ein Gegenrecht im Sinne des § 37 ZVG., so mag das stimmen. Verfehlt ist aber m. E. die Ansicht, daß die Widerspruchsklage des § 771 ZPO. sich deshalb rechtfertigen lasse, weil Zweck und Ziel der Widerspruchsklage und der dort in Rede stehenden gleich sei. Denn diese Folgerung gibt doch nicht das Recht, die im Gesetz festumgrenzte Aktivlegitimation des § 771 ZPO. im Wege der Analogie auf Fälle, die das Gesetz nicht gewollt hat, auszudehnen[4]). Aus diesen Gründen muß dem Vormerkungsgläubiger die Widerspruchsklage versagt, und er auf den ordentlichen Prozeßweg verwiesen werden. Der beteiligte Vormerkungsgläubiger müßte also aus dem der Aufl.V. zu Grunde liegenden Kaufvertrage auf Erfüllung, d. h. Auflassung und Eintragung klagen. Die Eintragung einer Vormerkung auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urteils gem. § 895 ZPO. würde sich dann erübrigen. Nach Rechtskraft des obsiegenden Urteils wäre der Vormerkungsgläubiger dann in der Lage, die endgültige Eintragung bewirken zu lassen[5]).

---

[1]) Siehe Stein-Jonas, Komm. ZPO. § 771 Erl. 4.

[2]) So richtig Steinhaus in Gruch.Beitr. Bd. 63 Seite 710 und Eccius in Gruch.Beitr. Bd. 47 Seite 632.

[3]) Komm. ZVG. § 181 Erl. II 2; Jaeckel-Güthe, § 181 Erl. 4.

[4]) Unter eine der wenigen Ausnahmen, daß Vollstreckungsschuldner und Dritter identisch sind (z. B. § 93 ZVG.) fällt der in Rede stehende Fall nicht.

[5]) Besonderheiten gelten für das Verfahren nicht, siehe Stein-Jonas, Komm. ZPO. § 895 Erl. 4.

Da die Rechtskraft aber erst einen Monat nach Zustellung oder fünf Monate nach Verkündung des Urteils eintritt (§ 516 ZPO.), besteht die Gefahr, daß durch den Zuschlag im Versteigerungsverfahren die Aufl.V. erlischt. Da das Verfahren durch den Prozeß keinerlei Unterbrechung erfährt, wird der Vormerkungsgläubiger gut daran tun, eine einstweilige Verfügung zu erwirken, in der dem beteiligten Antragsteller aufgegeben wird (unter Androhung einer Geldstrafe für den Nichtbefolgungsfall), seinen Versteigerungsantrag zurückzunehmen. Das weitere Verfahren regelt sich dann gem. § 29 ZVG.

Er hat aber die Möglichkeit, die Hemmung des Vollstreckungsverfahrens durch eine einstweilige Verfügung gem. §§ 935 ff. ZPO. zu erreichen. Zwar ist eine einstweilige Verfügung, die das Verfahren vorläufig zum Stillstand bringen soll, dann nicht zulässig, wenn der Dritte die Klage aus § 771 ZPO. hat. Alle Anordnungen, durch welche das Prozeß- oder Vollstreckungsgericht das Zwangsvollstreckungsverfahren vorläufig zum Stillstand bringen kann, sind dann in den §§ 769, 771 Ziff. III ZPO. ausschließlich geregelt. Denn wenn man die Ausschließlichkeit der Widerspruchsklage beim Vorliegen der Voraussetzung des § 771 ZPO. bejaht (siehe S. 26 der Arbeit), kann man die in der ZPO. gegebenen Einstellungsbefugnisse nicht durch einstweilige Verfügungen erweitern. Wie Schultz[1]) mit Recht ausführt, müßte das Gericht bei Nichtanhängigkeit der Hauptsache auf Antrag die Klageerhebung gem. §§ 926, 936, ZPO. anordnen, und bei Nichtbefolgung dieser Klagepflicht die einstweilige Verfügung aufheben. Da die Klageerhebung in der Regel eine negative Feststellungsklage sein wird, aber wegen der Ausschließlichkeit der Klage des § 771 ZPO. unmöglich ist, wird die einstweilige Verfügung von vornherein zum Scheitern verurteilt sein. Da der Vormerkungsberechtigte aber die Einstellungsmöglichkeiten der §§ 769, 771 Ziff. III ZPO. nicht hat, da ihm die Klage aus § 771 ZPO. — wie oben ausgeführt — nicht zusteht, muß ihm die Möglichkeit eingeräumt werden, durch die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung gem. § 935 ff. ZPO. das Verfahren zum vorläufigen Stillstand zu bringen, und durch eine nachfolgende Unterlassungsklage gegen die Beteiligten die endgültige Aufhebung des Vollstreckungsverfahrens zu erreichen. Um die einstweilige Verfügung zu erwirken, genügt es, daß der Vormerkungsgläubiger glaubhaft macht, daß die begründete Gefahr besteht, daß sein Leistungsanspruch durch eine drohende Zwangsversteigerung gefährdet wird, da ein Verlust seiner Aufl.Vorm. gem. § 37 Ziff. 5 ZVG. droht.

---

[1]) Siehe Rudolf Schultz, J.W. 1926/1034.

Die Zukunft wird lehren, ob die Rechtsſprechung den von ihr bisher vertretenen Standpunkt bezüglich der Behandlung der Aufl.Vorm. in der Zwangsverſteigerung aufgeben wird oder nicht. M. E. iſt einerſeits der Umſtand, daß heute die Zwangsverſteigerung eines Grundſtückes, für das eine Aufl.Vorm. eingetragen iſt, in den meiſten Fällen wegen Zurückhaltung von Geboten nicht durchführbar iſt, auf der anderen Seite die Folge, die ſich aus der Unterſtellung der Aufl.Vorm. unter die Vorſchrift des § 48 ZVG. ergibt, ein deutlicher Beweis dafür, daß die herrſchende Lehre den Anforderungen des praktiſchen Lebens, für das die Vorſchriften des ZVG. geſchaffen wurden, und der rechtlichen Beurteilung dieſer Beſtimmungen nicht gerecht wird.

Lebenslauf.

Als Sohn des Schlachthofdirektors Klaus Joeris und seiner Gemahlin, Maria geb. Prenz wurde ich, Kurt Joeris am 19. Mai 1907 in Wreschen, Provinz Posen, geboren. Ich kam 1914 auf die dortige Rektoratsschule, die ich bis zum Jahre 1919 besuchte. Da die Provinz Posen im Friedensvertrag an Polen fiel, ging ich darauf in die von den dort ansässigen Deutschen gegründete Privatschule. Im Jahre 1921 zogen meine Eltern nach Dortmund-Hörde. Ich besuchte hierauf das Bismarck-Realgymnasium zu Dortmund, wo ich 1929 die Reifeprüfung ablegte. In den folgenden Jahren studierte ich in Bonn, Freiburg i. Breisgau und Münster Jura und bestand nach sechssemestrigem Studium bei dem Oberlandesgericht in Hamm am 6. Oktober 1931 meine Referendarprüfung. Zur Zeit befinde ich mich bei der Staatsanwaltschaft des Landgerichts in Dortmund.